DE LA

LIBERTÉ INDIVIDUELLE DANS L'ANTIQUITÉ

ET DE QUELQUES RESTRICTIONS A CE PRINCIPE

EN DROIT PRIVÉ ROMAIN

DE L'INVIOLABILITÉ DU DOMICILE

EN DROIT FRANÇAIS

Commission de la Thèse :

MM. **Ed. Jourdan,** président.
De Pitti Ferrandi, professeur.
Lacoste, professeur.
Audinet, agrégé.

FACULTÉ DE DROIT D'AIX

DE LA

LIBERTÉ INDIVIDUELLE

DANS L'ANTIQUITÉ

ET DE QUELQUES RESTRICTIONS A CE PRINCIPE

EN DROIT PRIVÉ ROMAIN

DE L'INVIOLABILITÉ DU DOMICILE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

PAR LÉON CAPDENAT

BIBLIOTHÉCAIRE UNIVERSITAIRE

OFFICIER D'ACADÉMIE

MONTPELLIER

IMPRIMERIE GUSTAVE FIRMIN ET MONTANE

Ancienne Faculté des Sciences

1893

MONTPELLIER .— IMP. GUSTAVE FIRMIN ET MONTANE

A MON FRÈRE

A MA SŒUR

A mon cher oncle Remy MARC

Propriétaire à Saint-Sever (Aveyron)

L. CAPDENAT.

A mon ancien Condisciple et Ami

AUGUSTE GALTIER

Sénateur de l'Hérault

A mon ami le Docteur Alphonse JACOB

Médecin à Sauve (Gard)

MEIS & AMICIS

L. CAPDENAT.

DE LA

LIBERTÉ INDIVIDUELLE

DANS L'ANTIQUITÉ

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549824_0009

DE LA

LIBERTÉ INDIVIDUELLE

DANS L'ANTIQUITÉ

AVANT-PROPOS

L'homme est né avec l'instinct de l'indépendance, avec le sentiment de son droit à la libre disposition de sa personne. Mais l'esprit de domination et de conquête, qui autrefois agita les peuples et bouleversa les sociétés, a singulièrement obscurci la notion de ce droit naturel.

La conquête de la liberté individuelle est relativement moderne. Cela est si vrai que dans cette admirable partie historique de son grand Dictionnaire, qui relève à travers les siècles les exemples propres à éclairer, à confirmer ses définitions, Littré en est réduit à mettre sous la rubrique *Liberté individuelle* « droit que chaque citoyen a de n'être privé de la liberté de sa personne que dans les cas prévus et selon les

formes déterminées par la loi ». Puis plus rien ; pas un exemple ! Pas un ancien écrivain n'avait eu l'occasion d'employer ces deux mots, de consacrer en quelque sorte leur existence. Même abstention pour *Inviolabilité*. Et le silence n'en est pas moins éloquent.

Liberté de l'individu ! Inviolabilité du domicile ! Sans doute ces deux garanties précieuses n'étaient pas entièrement nouvelles, et nous le démontrerons ; mais elles n'ont été solennellement reconnues dans la société moderne que depuis un siècle, après la destruction de la prison qui sanctionnait les dernières arrestations arbitraires ; — elles furent la première conquête de 1789.

A Paris, comme à Berlin, comme à Pétersbourg, le retentissement causé par la prise de la Bastille fut considérable, hors de proportion avec la lutte ; et maintenant surtout que l'étude réfléchie des documents a permis de se rendre un compte exact des détails, l'historien demeure surpris en constatant que ce retentissement fut bien au-dessus du caractère de la résistance, comme du nombre des prisonniers délivrés et de la considération due à leurs antécédents.

On peut dire que le fait en lui-même ne compte pour rien ou compte pour bien peu de chose devant l'immensité de ses conséquences.

A quoi tient donc cette inégalité, car tout en ce monde a sa raison d'être ? C'est qu'avec la Bastille tombait la lettre de cachet, c'est-à-dire l'atteinte à la liberté individuelle, à l'inviolabilité du domicile. Louis XVI n'en usait guère, mais les

ministres de Louis XV en avaient fait un abus effroyable, et la sécurité de chaque citoyen, qu'il fût gentilhomme ou roturier, avait devant elle les menaces de l'avenir.

L'Europe, qui n'avait point de Bastille, devait aussi compter avec l'absolutisme de ses souverains, et dès l'écroulement de notre prison d'État, la partie indépendante de ses populations prit l'habitude, qu'elle n'a point perdue, de regarder dans la direction de la France quand elle voulait saluer l'aurore d'une liberté nouvelle.

La chute de la Bastille fut donc, nous le répétons, le plus grand pas fait vers la conquête de la liberté individuelle et de l'inviolabilité du domicile qui en est la consécration.

Avant d'aborder directement l'objet principal de cette étude, jetons un coup d'œil rétrospectif sur les principales législations de l'antiquité, examinons celles de leurs dispositions qui intéressent le principe de la liberté individuelle. Cette esquisse des institutions des anciens peuples nous permettra de mesurer le chemin parcouru par l'humanité dans sa lutte incessante pour la conquête de la liberté civile et politique.

CHAPITRE PREMIER

INDE BRAHMANIQUE

L'histoire de la liberté individuelle, chez les divers peuples du monde, est intimement liée à celle de leurs institutions politiques et de leur législation criminelle. Nous débuterons par l'Inde brahmanique, considérée à juste titre comme le berceau de la civilisation. Arrêtons-nous donc sur les bords du Gange, ce vaste foyer de lumière qui, durant tant de siècles, a brillé d'un si vif éclat, et dont les bienfaisants rayons se sont projetés sur l'Égypte, le pays d'Israël et les contrées de l'Occident.

C'est en parcourant les Lois de Manou, le code politique, civil et religieux des Hindous (1), que nous avons recueilli, pour les mettre en lumière, les principes qui se rapportent à la question qui nous occupe.

Aux yeux de Manou, l'exercice de la justice criminelle constitue l'un des principaux attributs de la puissance royale. « Celui qui met les gens de bien à l'abri de la crainte, doit toujours être honoré, car il accomplit un sacrifice en permanence (2). »

Les passages suivants caractérisent avec une grande énergie d'expression la nécessité et les bienfaits de la répression criminelle. « Le châtiment permet à toutes les créatures mobiles

---

(1) *Le Mânava-Dharma-Sâstra.* Ce titre signifie : « Le livre des lois du genre humain » (Gibelin. *Etude sur le droit civil des Hindous.* Pondichéry, 1847).

(2) *Lois de Manou*, liv. VIII, stances 23, 87, 303.

et immobiles de jouir de ce qui leur est propre, et qui les empêche de s'écarter de leurs devoirs... Le châtiment gouverne le genre humain, le châtiment le protège ; le châtiment veille pendant que tout dort ; le châtiment est la justice, disent les sages....

» Partout où le châtiment, à la couleur noire, à l'œil rouge, vient détruire les fautes, les hommes n'éprouvent aucune épouvante, si celui qui dirige le châtiment est doué d'un jugement sain (1).»

Le tableau est sombre, on en conviendra ; cependant, à côté de certaines lois dont la rigueur nous paraît excessive, on trouve de nombreuses règles qui révèlent des sentiments élevés de sagesse, de modération et d'humanité.

« Le roi manque à tous ses devoirs s'il s'écarte des règles par lesquelles il a lui-même antérieurement déterminé ce qui est légal et ce qui est illégal (2). »

« Il est tenu de respecter scrupuleusement la chose jugée... Il doit, en général, se contenter d'un jugement peu sévère, à moins que la gravité du crime et la perversité du coupable n'y fassent obstacle.... Un châtiment injuste détruit la renommée de cette vie et la gloire après la mort (3). »

Si l'administration de la justice est une des premières prérogatives de la royauté, elle constitue aussi le plus essentiel de ses devoirs. C'est ce que nous montre le texte même des lois de Manou. Le prince, en effet, ne saurait se soustraire à l'obligation de rendre la justice : c'est une dette sacrée qu'il contracte envers ses sujets en montant sur le trône. « Un roi, dit Manou, qui laisse aller un coupable, est aussi injuste que celui

---

(1) *Lois de Manou,* L. VII, st. 14, 31.

(2) Cette prescription consacre le principe de la non-rétroactivité de la loi. (Strange. *Eléments du droit indou.*)

(3) *Op. cit.,* L. VIII, st. 127.

qui condamne un innocent, parce que la justice consiste à appliquer la peine conformément à la loi (1). »

Plus loin, le législateur proclame en ces termes le principe de l'impartialité et de l'incorruptibilité du juge : « Jamais, soit par motif d'amitié, soit dans l'espoir d'un gain considérable, le roi ne doit relâcher les auteurs d'actions violentes qui répandent la terreur parmi toutes les créatures (2). »

En présence d'injonctions aussi précises sur les peines à infliger aux coupables, on se demande si le roi pouvait faire grâce. Le souverain devait frapper les malfaiteurs avec sévérité ; et si la loi recommande l'indulgence pour certains délits de peu de gravité, elle ne lui reconnaît pas ce droit de grâce qui, chez les autres peuples, est encore de nos jours un attribut de la souveraineté.

Que dire de la police organisée par Manou ? Elle s'exerçait au moyen d'espions qui avaient pour mission de punir les délinquants et de s'assurer de leur personne. Après avoir énuméré les différents lieux que le roi doit faire surveiller par des sentinelles, des patrouilles et par des espions, afin d'écarter les voleurs, le législateur (Liv. IX, st. 267) préconise un moyen d'une moralité fort douteuse : « Par le moyen d'espions adroits, *ayant été voleurs,* qui s'associent avec les voleurs, les accompagnent et sont bien au fait de leurs différentes pratiques, qu'il les découvre et les fasse sortir de leurs retraites (3). »

Le flagrant délit et la complicité sont prévus dans les stances 270 et 271 du livre IX : « Qu'un prince juste ne fasse pas mourir un voleur, à moins qu'il ne soit pris avec l'objet dérobé et les

---

(1) *Lois de Manou,* L. IX, st. 249.

(2) *Ibid.*, L. VIII, st. 347.

(3) On voit, par ce passage, que l'admission dans les rangs de la police secrète de certains agents d'une *expérience particulière*, n'est pas précisément de création moderne.

instruments du vol..... Qu'il condamne également à mort tous ceux qui, dans les villages et dans les villes, donnent des vivres aux voleurs, leur fournissent des instruments et leur offrent un asile. »

Si nous examinons maintenant, au point de vue général, la procédure usitée chez les Hindous, nous y trouvons l'application de certains principes protecteurs de la liberté individuelle. C'est ainsi que les débats étaient publics et contradictoires. Le juge devait procéder sans retard à l'instruction de l'affaire. Quant à l'accusé, si sa défense n'était pas prête, il pouvait obtenir un sursis, ou sa mise en liberté provisoire sous caution, sauf à comparaître à la première réquisition du juge (1). La caution répondait de l'accusé et des conséquences de son délit. « L'homme qui se rend ici-bas caution de la comparution d'un débiteur et qui ne peut pas le produire, doit payer la dette de son propre avoir (2). »

Lorsque le juge ne pouvait pas réunir des preuves suffisantes pour la découverte de la vérité, il avait recours à ces épreuves qu'on a nommées ordalies ou jugement de Dieu. L'accusé qui sortait sain et sauf de l'épreuve était réputé innocent. Au temps de Manou, on appliquait l'épreuve de l'eau et du feu ; plus tard ces épreuves se multiplièrent, et l'on employa, suivant les circonstances, l'attouchement de la tête des enfants, le riz, la balance, le poison, etc. (3).

Les stances 222-223 du Liv. IX nous révèlent l'existence du droit d'appel chez le peuple hindou. « Mais quelle que soit l'affaire qui a été décidée injustement par les ministres ou par le juge, que le roi la réexamine lui-même et les condamne à une amende de mille *panas* (4). »

---

(1) Gibelin. *Op. cit.*, T. II, p. XXII.

(2) *Lois de Manou,* L. VIII, st. 158.

(3) Stenzler. *Die indischen Gottesurtheile*, 1855.

(4) *Pana* ou *Cârchâpna,* poids de cuivre. L'amende de mille *panas*

La nation hindoue était divisée en quatre castes (1) dont la conservation et l'immutabilité faisaient l'objet de la préoccupation constante du souverain. Nul ne devait franchir les limites de la caste où l'avait placé le hasard de la naissance, pas plus qu'il ne pouvait changer la profession qu'il tenait de sa famille.

L'inégalité sociale qui résultait de cette séparation inflexible entraînait aussi l'inégalité en matière de justice répressive. L'échelle des peines variait suivant la classe dont on faisait partie. Aussi voit-on le brahmane, objet de la prédilection du législateur sacré, jouir presque toujours du privilège de l'immunité complète, ou tout au moins d'une indulgence excessive. « Que le roi se garde bien de tuer un brahmane, quand même il aurait commis tous les crimes possibles ; qu'il le bannisse du royaume en lui laissant tous ses biens, et sans lui faire le moindre mal.... Il n'y a pas dans le monde de plus grande iniquité que le meurtre d'un brahmane ; c'est pourquoi le roi *ne doit pas même concevoir l'idée* de mettre à mort un brahmane (2). » Ces distinctions, qui portent une si vive atteinte aux vrais principes de la justice et de l'égalité, paraissaient toutes naturelles à des populations habituées depuis de longs siècles au joug des institutions théocratiques.

En résumé, si les institutions religieuses et sociales de l'Inde n'ont pas admis ni même prévu le grand principe moderne de

---

était considérée comme la plus élevée. La valeur actuelle du *pana* est de 80 *cauris*, petit coquillage qui sert aujourd'hui de monnaie courante au Bengale et dans tout le centre de l'Afrique.

(1) Voici la composition des quatre grandes classes de l'Inde : le *Brahmane*, émanation de l'Etre suprême ; le *Kchâttriya*, guerrier ; le *Vâiçya*, marchand, agriculteur ; le *Soudrâ*, homme servile, sorti du pied de Brahma, *venait après l'éléphant et le cheval.*

(2) *Op. cit.*, L. VIII, st. 380.

l'égalité civile et politique, si l'immutabilité des castes opposait un obstacle infranchissable au progrès démocratique, si la hiérarchie barrait la route à la science, enfin si le système répressif était entaché d'inégalité, d'arbitraire et de barbarie, il convient cependant, à plus d'un point de vue, de rendre justice au Code de Manou. Sans doute il s'est inspiré de l'organisation politique et religieuse du pays pour fonder l'ordre social et la sûreté de l'État sur le régime de la terreur, c'était dans les traditions de l'antique Orient ; mais son œuvre législative renferme une foule de maximes d'une haute portée morale, des principes sociaux dont l'application sage et raisonnée intéresse au plus haut degré le gouvernement d'une nation.

CHAPITRE II

ÉGYPTE

L'histoire de l'ancienne Égypte nous offre peu de renseignements sur le régime de la liberté individuelle. Le principe y était inconnu, comme chez tous les peuples de l'antique Orient et les nations de l'Occident barbare. Les rois égyptiens exerçaient un pouvoir sans limites et faisaient tout plier à leur caprice. Malheur à quiconque encourait leur disgrâce ! L'emprisonnement, les tortures, l'exil, le dernier supplice même frappaient, sans jugement préalable, l'atteinte la plus légère à l'autorité royale. Le pouvoir absolu des rois s'appuyait sur l'autorité des prêtres, dont la domination se justifiait par le respect et la crainte qu'ils avaient su inspirer de tout temps à un peuple soumis et superstitieux.

Moïse attribue aux Pharaons le pouvoir de juger toutes les classes de la nation. Aussi le principe de la séparation des pouvoirs était-il inconnu sur les bords du Nil ; le roi, en effet, était le chef suprême de la religion, de l'armée et de la magistrature, prérogative dont Rhamsès III usa bien cruellement le jour où il fit couper le nez et les oreilles à quelques magistrats coupables d'avoir jugé avec trop d'indulgence. Il convient toutefois d'ajouter que les prêtres devaient guider le roi dans l'interprétation du Livre de la loi, écrit en caractères hiérographiques ; son droit de juger était, en quelque sorte, subordonné à la théocratie. De plus, les rois étaient jugés publiquement après leur mort, et cette perspective dut être un contre-

poids efficace au despotisme de ces princes, toujours jaloux de ménager l'opinion publique et soucieux de l'estime des siècles futurs. Que d'abus, que d'injustices et de cruautés durent être prévenus par l'appréhension du jugement populaire, vouant la mémoire des tyrans au mépris et à l'exécration de la postérité !

Suivant Diodore de Sicile, la reine-déesse Isis établit les premières lois qui ont dirigé l'antique Egypte. « Elle mit ainsi, par la crainte des châtiments, un terme à l'injure et à l'abus de la force, qui ne connaît aucune loi. » C'était proscrire la *vengeance personnelle*, qui n'appartient qu'aux époques de ténèbres et de barbarie ; c'était substituer l'action régulière de la justice à l'injure et à la violence. Après avoir reconnu le caractère social du délit, le législateur égyptien était conséquent et logique en ne confiant qu'à la magistrature seule la mission de réprimer les atteintes à l'ordre public.

Un mot sur l'état politique et social de l'Egypte nous fera mieux saisir le caractère de sa législation pénale. Ici, comme sur les bords du Gange, division de la société en classes distinctes : hiérarchie politique, religieuse, civile et militaire, délimitation exacte des fonctions et des professions, enfin immobilité absolue à tous les degrés de l'échelle sociale ; défense expresse, sous les peines les plus sévères, de changer de condition. Platon nous apprend que les Egyptiens avaient poussé l'amour de la stabilité au point de fixer par des lois immuables la peinture, la sculpture, les chants et même les danses (1). « Ils conservent les coutumes de leurs pères, dit Hérodote, et n'en adoptent pas de nouvelles (2). » Et plus loin l'historien grec ajoute : « Ils évitent d'user des coutumes grecques, et, pour tout dire, d'aucune de celles des autres hom-

(1) Platon. *Lois*, liv. II.

(2) Hérodote. *Histoires*, liv. II, chap. 79.

mes (1). » Celui qui voulait introduire des danses ou des chants nouveaux pouvait être traduit devant les tribunaux comme coupable d'impiété. Nous verrons plus loin qu'il n'était pas permis à tout le monde de s'occuper des affaires publiques.

Ainsi, obstination à suivre éternellement les chemins battus, attachement inébranlable aux mœurs et coutumes des ancêtres, tel est le caractère distinctif du peuple égyptien. Et cet instinct conservateur, ce respect religieux du passé, cette antipathie pour le mouvement physique et intellectuel, qui est le propre des races indolentes et asservies, se prêtaient merveilleusement au système inflexible du législateur qui, afin d'exercer sur l'homme une tutelle permanente, depuis le berceau jusqu'à la tombe, avait minutieusement réglé tous les actes de la vie publique et de la vie privée des citoyens.

Cette réglementation excessive, qui pliait toutes les volontés et comprimait toute initiative en étouffant le sentiment de l'individualité au profit du despotisme, était sanctionnée par une pénalité aussi terrible que variée. Les vieux monuments égyptiens réprésentent sans cesse des massacres de prisonniers accomplis par des mains gigantesques, des sacrificateurs qui embrochent à leur lance plusieurs hommes à la fois. Au plafond du temple d'Emé, trente couteaux de sacrificateurs sont tournés vers neuf corps décapités. A Denderah, l'égorgement d'un animal a pour pendant l'immolation d'un homme. « Partout où la législation pénale s'inaugure ainsi par l'immolation de l'homme sur l'autel de la divinité, elle a des caractères durs et cruels (2). »

Primitivement, tous les crimes étaient punis de mort. Plus tard, le roi Menès, en promulguant la loi écrite, restreignit la

---

(1) Hérodote. *Op. cit.* chap. 91.

(2) Albert Du Boys. *Histoire du droit criminel des peuples anciens.* Paris, 1845, in-8°.

peine capitale à un certain nombre de cas. Dans l'échelle pénale usitée en Egypte, on distinguait la mort simple et la mort rendue plus ou moins affreuse selon la nature des tourments qui la précédaient ou la déterminaient. Le parricide, regardé à bon droit comme le plus grand des criminels, était soumis, avant de mourir, à des tortures épouvantables. Il était préalablement lardé de pailles ou de petits roseaux aigus, puis on lui coupait des lambeaux de chair tout le long du corps ; enfin il était placé sur des fagots d'épines où il brûlait à petit feu. Un autre genre de supplice, moins atroce il est vrai, mais qui devait produire sur le public un effet moral très puissant, était infligé au père ou à la mère qui avait tué son enfant. Attaché au cadavre de sa victime, le coupable était exposé sur la place publique pendant trois jours et trois nuits. « Il ne semblait pas juste d'ôter la vie à ceux qui l'avaient donnée à leurs descendants, et on croyait leur causer par ce châtiment assez de chagrin et de repentir pour les détourner de semblables crimes (1). »

La violation du serment était considérée comme une insulte à la divinité, un sacrilège digne de la mort. Suivant Diodore de Sicile, le parjure était puni de mort, parce qu'il est à la fois une impiété envers les dieux, et la ruine de la plus grande garantie que les hommes puissent donner de leur foi. Mettre à mort un animal sacré, tel que l'ibis, le chat, l'aspic, le crocodile, était aussi un sacrilège qui méritait le dernier supplice. L'homicide volontaire était toujours puni de mort, quel que fût le coupable, quelle que fût la victime. On ne distinguait pas, comme chez tant d'autres peuples de l'antiquité, entre la vie des esclaves et celle des hommes libres. La composition pécuniaire, le *wergeld* de la race germanique, n'était pas connue en Egypte. « Il fallait habituer tous les citoyens, par les ménage-

(1) Diodore de Sicile, liv. I, chap. 77.

ments qu'ils doivent, même aux esclaves, à ne jamais offenser en la moindre chose les hommes libres (1). »

La loi ne se contentait pas de punir l'homicide, elle considérait comme complice du meurtrier et frappait de la même peine le témoin qui ne secourait pas la victime et laissait commettre un assassinat qu'il aurait pu empêcher. Que s'il n'avait pu s'opposer au meurtre, un devoir lui restait à remplir, c'était de dénoncer le coupable. Violait-il ce devoir, il était passible de peines corporelles ; il était frappé de verges et condamné à passer trois jours sans nourriture. « Ici nous apercevons cette garantie commune entre les membres d'une société civile qui met la vie de chacun sous la protection de chacun, et déclare responsable celui qui, le pouvant, n'en a pas défendu un autre qu'on attaquait (2), loi pour laquelle Solon exprimait si bien son approbation quand il appelait l'Etat le mieux constitué celui où, pour venger une injure, il n'est pas nécessaire de l'avoir reçue (3). » Tous les ans, chaque citoyen était tenu de déposer entre les mains du magistrat une déclaration écrite faisant connaître sa situation et ses moyens d'existence. Quiconque faisait une déclaration mensongère ou réalisait des bénéfices illicites était condamné à mort.

Après la peine de mort, la législation égyptienne avait établi des peines *expressives,* ou peines analogues à l'infraction, et qui paraissent répondre à un triple objet : détruire l'organe qui avait servi à commettre le crime, empêcher la récidive, faire un exemple salutaire. Ainsi l'ablation des parties génitales était la peine du viol ; la femme adultère avait le nez coupé, tandis que son complice recevait mille coups de verges. Quiconque fabriquait de la fausse monnaie, altérait les poids et mesures,

---

(1) Diodore de Sicile, liv. I, chap. 77.

(2) De Pastoret. *Histoire de la législation.* Paris, 1817, in-8°.

(3) Plutarque. *Vie de Solon.*

contrefaisait les sceaux de l'Etat ou commettait des faux en écritures, avait les deux mains coupées ; on arrachait la langue à celui qui révélait un secret d'Etat. « Chacun, par la punition de la partie du corps avec laquelle le crime avait été commis, portait jusqu'à la mort une marque indélébile qui, par l'avertissement de ce châtiment, devait empêcher les autres d'agir contre la loi (1). » Notons, en passant, les infractions relatives à certaines professions. Nous avons dit que nul ne devait chercher à sortir de sa condition ; cette règle inflexible était sanctionnée par un châtiment sévère infligé à tout artisan qui changeait de profession ou s'occupait des affaires publiques. La médecine était soumise à une réglementation minutieuse. D'après Hérodote, chaque genre d'infirmité avait son médecin spécial. Celui-ci avait pour règle une sorte de Codex sacré, contenu dans les livres d'Hermès. Il n'était pas défendu au praticien de suivre son inspiration personnelle, mais c'était à ses risques et périls, et il pouvait être condamné à mort si son malade venait à mourir à la suite d'un traitement qui n'aurait pas été conforme aux prescriptions des six livres du Trismégiste.

Nous n'entrerons pas dans les détails de l'organisation judiciaire ; qu'il nous suffise d'en esquisser les grandes lignes. Il y avait en Egypte une Cour suprême et des tribunaux inférieurs. La première était composée de 31 juges se recrutant dans les trois collèges sacerdotaux de Memphis, de Thèbes et d'Héliopolis. Elle désignait elle-même son président ; mais cette élection était soumise, comme celle des autres membres de ce tribunal supérieur, à l'agrément du souverain, qui s'intitulait le *Seigneur de la justice*. Au-dessous de la Cour suprême venaient les magistrats *royaux*, ainsi dénommés parce qu'ils étaient choisis et délégués par le roi pour aider, dans l'admi-

(1) Diodore de Sicile, liv. I, chap. 78.

nistration de la justice, les *nomarques*, chefs des nomes, ou préfets des provinces. A côté de la juridiction ordinaire, Diodore nous apprend qu'il existait certains tribunaux d'exception, investis d'attributions spéciales. L'armée avait son Code particulier. En temps de guerre les tribunaux militaires jugeaient sommairement et avec une excessive rigueur ; témoin le Conseil de guerre qui, après la prise de Ninive, jugea et condamna à mort le prêtre guerrier Bélésis, convaincu d'avoir volé l'or du palais de Sardanapale.

Les sévérités outrées de la législation avaient suggéré l'idée d'une institution fort répandue au moyen âge chez la plupart des peuples de l'Occident. Il y avait sur les bords du Nil des enceintes inaccessibles aux agents de la force publique, de véritables lieux d'asile, où les accusés se trouvaient à l'abri des poursuites de l'autorité. Plus tard, sous les Ptolémées, la police n'eut pas le droit d'appréhender le coupable qui était parvenu à se réfugier au pied de la statue du roi.

Si la composition de la police judiciaire nous est à peu près inconnue, nous pouvons néanmoins, sur la foi de récentes découvertes, supposer qu'il existait un corps de soldats de police nommés Magiaï, sorte de gendarmerie dont les chefs étaient tenus de dénoncer aux magistrats les délits et les crimes dont ils avaient connaissance. D'ailleurs, la tâche de la justice était singulièrement facilitée par une loi qui enjoignait à tout habitant de l'Egypte, qu'il fût homme libre, esclave, ou même étranger, de dénoncer les délits dont il avait été témoin ; chacun avait le droit et le devoir de prendre le rôle d'accusateur public. La délation était facultative s'il ne s'agissait que d'infractions légères, mais elle devenait obligatoire dans certains cas graves et déterminés par la loi.

Les détails sur le mode et les conditions de l'arrestation préventive sont très rares ; nous savons toutefois que les villes d'Egypte renfermaient des prisons où les accusés étaient déte-

nus avant leur jugement. Il y avait aussi des prisons spéciales pour les personnes arrêtées par ordre du roi ou d'un haut fonctionnaire. Le régime des prisons était des plus rigoureux. On n'a qu'à lire le poignant récit que Lucien nous a laissé des malheurs d'Antiphile, pour se faire une idée de la situation lamentable des malheureux détenus.

En ce qui concerne l'information judiciaire, il est certain que les magistrats égyptiens pratiquaient les enquêtes, la descente sur les lieux, l'interrogatoire, le serment. Ils appliquaient aussi la question préparatoire, quand l'accusé se refusait à parler. Nous connaissons par le témoignage d'Elien et d'Ammien Marcellin, les tourments infligés aux accusés pour leur arracher l'aveu de leurs crimes. Racontant l'histoire d'un vol sacrilège commis dans le temple d'Anubis, Lucien nous apprend que quelques-uns des voleurs, *torturés sur la roue*, firent des aveux complets (1).

La responsabilité corporelle de la dette est un sentiment commun à tous les peuples, même les plus civilisés de l'antiquité. Aussi la contrainte par corps fut-elle longtemps pratiquée en Egypte. Le grand Sésostris rendit un jour la liberté à une multitude de débiteurs emprisonnés par leurs créanciers. C'est au roi Bocchoris que revient l'honneur d'avoir enfin aboli l'esclavage de la dette. Désormais le débiteur fut à l'abri des violences de son créancier, ses biens seuls répondirent de ses obligations. On avait néanmoins la faculté d'engager le corps d'un parent défunt pour la sûreté d'une dette ; le respect religieux des Egyptiens pour la tombe assurait à cette garantie la plus entière confiance. Mais un châtiment terrible frappait à sa mort le débiteur qui n'avait pu retirer ce gage sacré ; il était déclaré infâme et privé des honneurs de la sépulture, auxquels ce peuple superstitieux attachait tant de prix. « Telle

(1) Lucien. *Toxaris ou l'Amitié.*

était la législation de l'Egypte, œuvre bizarre où le tombeau est dans le commerce, et où les morts sont le gage des vivants (1) ! »

Quelle conclusion pouvons-nous tirer, après cet exposé sommaire de la législation criminelle des Egyptiens ? Leur système de répression était merveilleusement approprié à leur constitution sociale, incompatible avec toute idée d'indépendance et d'égalité civile et politique. Le despotisme théocratique des rois et des prêtres sacrifia tout à la théorie sacrée de la permanence absolue des institutions nationales ; l'Etat était tout, le citoyen n'était que sa propriété, sa chose. Si l'esclavage pour dettes fut supprimé, ce fut pour un motif politique plutôt que par humanité : le gouvernement devait être, en effet, jaloux du pouvoir des créanciers, qui venait limiter le sien.

C'est ainsi que les Pharaons, au mépris du principe de la liberté et de la dignité humaines, avaient de longue main courbé les têtes, comprimé les volontés, étouffé l'initiative individuelle, et leur domination sur un peuple asservi et résigné se perpétua par la terreur d'un Code hérissé de châtiments horribles qui menaçaient l'homme à tout instant et dans les moindres détails de son existence.

---

(1) Troplong. *De la contrainte par corps*, Introduction, p. XII. Paris, 1847, in-8°.

CHAPITRE III

JUDÉE

Un sentiment plus élevé du respect de l'homme et de sa liberté se manifeste dans l'ensemble des lois mosaïques. Le législateur sacré n'a point divisé la société en castes distinctes; ici, pas de privilèges attribués à telle ou telle classe de citoyens, la loi est égale pour tous, le grand et le petit sont indistinctement soumis à ses prescriptions. Toutefois, malgré cette tendance évidente à l'égalité devant la loi, Moïse, qui ne peut avoir oublié qu'il a vécu sous le gouvernement théocratique de l'Egypte, recommande les prêtres au respect de son peuple, consacrant ainsi la suprématie du sacerdoce.

L'esclavage existait chez les Hébreux. La Genèse nous parle du grand nombre d'esclaves que possédaient Abraham et Jacob (1). C'était là un usage consacré par le temps. Moïse le toléra, mais il sut, par de sages dispositions, adoucir les rigueurs de la servitude, dont il réduisit la durée à quelques années, assura la liberté à l'esclave maltraité, et déclara homicide le maître qui tuerait son esclave.

Sous le gouvernement des Juges, le peuple vécut heureux et jouit d'une grande liberté. Sa condition ne fut malheureusement pas la même sous les Rois, qui poussèrent leur despotisme jusqu'à s'arroger le droit de vie et de mort sur leurs sujets. Se mettant au-dessus des lois, ils suspendaient l'effet

---

(1) *Genèse,* ch. XIV, v. 14.

des sentences rendues, prolongeaient la durée des peines édictées par les saints Livres, décidant au gré de leur caprice et condamnant à mort sans jugement préalable. C'est une des pages les plus tristes des annales de ce vaillant petit peuple. Que ne conservait-il le gouvernement paternel de ses Juges ! Les Anciens du peuple avaient voulu des rois, ils eurent des tyrans. Qui ne connaît les exactions, les cruautés, les meurtres sans nombre commis par les rois Saül, David et le pieux Salomon lui-même ?

La constitution hébraïque est fondée sur la religion. De la base au sommet de l'édifice social se révèle, souveraine et menaçante, la majestueuse idée de Jéhovah. Aussi la pensée religieuse domine-t-elle la justice criminelle : la violation de la Loi de Dieu est un crime de lèse-société, dont la répression intéresse l'existence même de la nation.

Moïse est inexorable pour les attentats contre la divinité. L'idolâtrie, la violation du sabbat, le blasphème, la consécration des enfants à Moloch, sont autant de crimes sanctionnés par la même peine, la mort.

« Celui qui sacrifiera à d'autres dieux qu'à l'Eternel sera exterminé (1). »

« Vous travaillerez pendant six jours. Le septième jour sera pour vous un jour saint. Quiconque travaillera ce jour-là sera mis à mort (2). »

« Quiconque prononcera le nom de l'Eternel en blasphémant sera mis à mort (3). »

Moïse prescrit impérieusement la peine de mort pour l'homicide volontaire : « Celui qui répandra le sang de l'homme sera

---

(1) *Exode*, XXII, 20.
(2) *Ibid.*, XXXV, 2.
(3) *Lévitique*, XXIV, 15-16.

puni par l'effusion de son propre sang, car l'homme a été fait à l'image de Dieu (1). »

La Genèse, l'Exode, le Lévitique et le Deutéronome prescrivent également la mort pour les deux complices de l'adultère : « Vous ne désirerez pas la femme de votre prochain (2). » Quoique la peine fût toujours capitale, elle variait cependant suivant la situation du coupable. C'est ainsi que la fiancée était lapidée, tandis que la fille d'un prêtre périssait par le feu.

L'instruction judiciaire était d'une simplicité extrême. Le tribunal siégeait à l'une des portes de la cité, et les juges s'y rendaient de bon matin, aussi souvent que l'exigeaient les besoins du service. L'instruction était publique et verbale, point de pièces écrites; le jugement était basé sur les dépositions. Les témoins du crime étaient les accusateurs ; ils sommaient le coupable de comparaître devant le juge, et s'il résistait, il y était conduit de force. Quand les circonstances l'exigeaient, on avait recours à l'arrestation préventive. La législation mosaïque avait non-seulement assuré la publicité des débats, mais elle avait encore donné à l'accusé des garanties contre les dangers des faux témoignages. La loi exigeait au moins deux ou trois témoins, et encore les juges devaient-ils se préoccuper de leur moralité.

Les débats étaient contradictoires. Après chaque déposition, l'accusé pouvait faire valoir ses moyens de défense ; il avait, en outre, le droit de récuser les témoins incapables, et même ceux de ses juges qui avaient reçu des présents, ou qui étaient animés contre lui d'une haine personnelle. Telles étaient les garanties que la loi donnait à l'accusé : droit de défense orale, explications sur les faits reprochés, récusation de témoins et de juges, n'y a-t-il pas là en germe le principe de l'institution

---

(1) *Genèse*, IX, 6.

(2) *Deutéronome*, v. 21.

du jury ? Ajoutons toutefois que, dans quelques cas déterminés par la loi, ces garanties disparaissaient pour faire place à une exécution sommaire attribuée aux témoins du crime. Cette exécution, connue sous le nom de *jugement de zèle*, n'était légitime qu'au cas de flagrant délit, et pour certains crimes prévus, tels que le vol sacrilège, l'union publique avec une femme idolâtre, le blasphème contre le nom de Dieu, etc.

En cas de flagrant délit, le coupable était immédiatement arrêté, mais il n'était pas soumis à une instruction secrète, et on ne le laissait pas languir longtemps dans une détention préventive. S'agissait-il, au contraire, d'infractions légères, l'arrestation était soumise à de nombreuses formalités, et l'inculpé devait être traduit sur-le-champ devant les magistrats siégeant aux portes de la ville.

En matière de contrats, le Livre des Rois nous apprend que la contrainte par corps subsista pour en assurer l'exécution : « Voici que le créancier est venu prendre ses deux fils pour en faire ses esclaves (1).» Mais cette rigueur primitive s'adoucit par la suite. Nous croyons que l'exécution privée ne fut permise qu'à l'égard du débiteur de mauvaise foi. En effet, d'après la loi mosaïque, le créancier ne devait exercer aucune violence sur la personne de son débiteur ; il ne pouvait en exiger que des gages, et si, au jour de l'échéance, celui-ci ne pouvait pas se libérer, le créancier devait lui faire la remise du gage qu'il en avait reçu.

Dans ces âges reculés, l'homme, luttant par de rudes labeurs contre les nécessités de la vie, n'avait pas une notion bien précise du prix de son indépendance. Aussi voyait-on souvent les malheureux, poussés par une extrême misère, trafiquer de leur liberté et demander une dernière ressource à l'aliénation d'un bien si précieux. Moïse toléra la servitude volontaire, mais en

(1) *Rois*, II, 4.

recommandant aux maîtres d'user d'humanité envers cette catégorie d'esclaves.

Le jour du jubilé hébraïque, qui avait lieu tous les cinquante ans, remise des dettes était faite à tous les débiteurs. Et tous les sept ans, à l'époque de l'année sabbatique, les esclaves étaient rendus à la liberté. Cependant telle était la douceur avec laquelle ils étaient traités, que l'on vit souvent des esclaves refuser, par attachement pour leur maître, l'affranchissement que la loi leur offrait. Dans ce cas on leur perçait l'oreille sur la porte de la maison, c'était le signe d'une perpétuelle servitude (1).

Avant Moïse, l'autorité paternelle était sans bornes. Le père avait sur ses enfants droit de vie et de mort. Le législateur sacré apporta des restrictions à ce droit cruel et barbare, si contraire à la loi naturelle. Il défendit donc rigoureusement aux pères de famille de disposer de la vie de leurs enfants, leur laissant toutefois la faculté de les vendre quand, sous l'empire de la nécessité, ils n'avaient plus que cette suprême ressource pour subvenir à leurs besoins ou se libérer de leurs dettes.

Après avoir protégé efficacement la vie des citoyens, Moïse se préoccupe aussi de garantir leur liberté. La violation des personnes était un crime très fréquent à une époque où l'esclavage était d'un usage universel. Pour combattre la violence et les attentats à la liberté individuelle, le législateur édicte la peine capitale contre les usurpateurs de l'indépendance d'autrui, qu'il appelle *les voleurs d'hommes*. « Si quelqu'un vole et vend un homme, et qu'il soit trouvé entre ses mains, il sera mis à mort. (2) »

« Si quelqu'un est convaincu d'avoir volé un Israélite, de

---

(1) *Exode*, XXI, 5 et 6. — *Deutéronome*, XV, 16 et 17.

(2) *Exode*, XXI, 16.

l'avoir privé de sa liberté et vendu, il sera puni de mort, et vous ôterez ainsi le mal du milieu de vous (1). »

En frappant de mort les voleurs d'hommes, Moïse nous donne la mesure de son estime pour la dignité et la liberté humaines. D'accord sur ce point, les législateurs d'Athènes et de Rome appliquèrent la même règle.

Le droit d'asile, consacré par Moïse, ne s'appliquait pas indistinctement à tous les coupables, c'eût été encourager le crime en le mettant sous la protection de la divinité ; ce droit fut restreint à l'homicide involontaire (2). En vain le meurtrier offrait de l'argent pour racheter le sang volontairement répandu, en vain il se réfugiait au pied de l'autel ; il en était impitoyablement enlevé pour subir son juste châtiment : « Tu l'arracheras de mon autel afin qu'il meure (3). » Le meurtrier involontaire, soit Israélite, soit étranger, avait un asile ouvert dans six des quarante-huit villes accordées aux enfants de Lévi (4). Arrivé dans une de ces villes, il se présentait devant les magistrats, leur exposait l'affaire et les preuves de son innocence; il était alors reçu et on lui assignait une demeure. Désormais à l'abri de toute poursuite dans l'intérieur de cette ville, il devait bien se garder d'en franchir l'enceinte, car les parents de la victime, les vengeurs du sang *(Goël)* pouvaient, au dehors de la cité, s'emparer de lui et le mettre à mort impunément. Il était obligé de demeurer dans la ville jusqu'à la mort du pontife ; c'est alors seulement qu'il lui était permis de rentrer sain et sauf dans sa patrie (5).

En établissant les villes de refuge, Moïse avait pour but de

---

(1) *Deutéronome*, XXIV, 7
(2) *Nombres*, XXXV, 11, 12, 13.
(3) *Exode*, XXI, 14.
(4) *Deutéronome*, IV, 42. — *Josué*, X, 3 et 9.
(5) *Nombres*, XXXV, 24-32.

soustraire à la vengeance du sang l'auteur d'un meurtre involontaire, d'apaiser à la longue les haines de famille, si vivaces, si terribles chez un peuple violent et exalté, de substituer enfin l'action régulière de la justice à la vengeance individuelle dont le législateur n'avait pu abroger l'usage. Ce triple objet a été parfaitement atteint ; c'est ce qui fait dire au célèbre auteur de l'*Esprit des Lois :* « Les lois de Moïse furent très sages. Les homicides involontaires étaient innocents, mais ils devaient être ôtés de devant les yeux des parents du mort. Il établit un asile pour eux. Les grands criminels ne méritent point d'asile. Ils n'en eurent pas » (1).

En général, les lois de Moïse, si nous en exceptons les prescriptions rigoureuses qui visent les attentats contre la religion et la vie de l'homme, se distinguent essentiellement par la douceur et l'humanité qui les ont inspirées. Veillant avec sollicitude sur tous les besoins du peuple et sur le maintien de la tranquillité publique, elles recommandent sans cesse tout ce qui est de nature à rapprocher les hommes, et proscrivent ce qui peut les diviser. Sans parler de l'institution, si remarquable au point de vue social et politique, de l'année jubilaire et de l'année sabbatique, que de sages prescriptions en faveur de l'humanité et de la liberté ! Egalité civile, égalité des peines, préoccupation constante du respect de la religion et de la morale, appel incessant aux sentiments de solidarité et de fraternité, tels sont les traits saillants de l'œuvre éminemment religieuse et politique de Moïse.

---

(1) Montesquieu. *Esprit des lois,* liv. LXXV, chap. III.

CHAPITRE IV

GRÈCE

§ I. Lacédémone

Vainqueurs de Lacédémone, les Héraclides, après s'être débarrassés par le fer et par le feu de la classe sacerdotale, avaient soumis les habitants du Péloponnèse à la plus triste des servitudes. La race conquérante s'était arrogé sur la classe asservie tous les privilèges et prérogatives ; c'est pourquoi les lois sévères de Lycurgue n'avaient fait que régler les rapports sociaux des vainqueurs, sans se préoccuper des droits des opprimés. Aussi, vit-on neuf mille Spartiates proprement dits jouir seuls de la plénitude des droits de cité (1). Nulle part les esclaves ne furent plus cruellement maltraités : les uns, voués à la domesticité, passaient leur vie à servir des maîtres impitoyables qui les rouaient de coups et même les mettaient à mort sous le prétexte le plus futile ; les autres, sous le nom d'Ilotes, restaient attachés à la glèbe, et n'étaient guère mieux traités que les bêtes de somme. L'histoire nous révèle ce fait, vraiment incroyable, que les éphores, à l'occasion de leur entrée en fonctions, proclamaient la *crypte*, c'est-à-dire la chasse aux Ilotes. Alors les Spartiates armés se répandaient pendant la nuit dans la campagne et tuaient les malheureux esclaves qui s'offraient à leur rencontre.

---

(1) A. Du Boys. *Op. cit.*

Lorsque les éphores, institués à l'origine pour protéger les intérêts de la démocratie, eurent élargi le cercle de leurs attributions et porté la main sur toutes les fonctions de l'Etat, le gouvernement royal n'exista plus que de nom, la république monarchique tomba dans une affreuse oligarchie, et les défenseurs du peuple devinrent ses tyrans. C'est contre les rois surtout que les éphores exercent leur pouvoir despotique. Archidamus épouse une petite femme, on le condamne à l'amende. La même peine atteint Agésilas, coupable de se faire aimer de son peuple. Pausanias, faussement accusé de trahison, se réfugie dans un temple ; les éphores en font murer les portes, et le vainqueur de Platées s'éteint dans les horreurs de la faim. Agis est arrêté et assassiné juridiquement ; bien plus, son aïeule et sa mère sont condamnées sans jugement, et étranglées sur le cadavre du malheureux prince. C'est par de tels attentats que les éphores signalèrent leur administration odieuse et tyrannique, conséquence ordinaire, fatale de la concentration des pouvoirs.

En résumé, peu ou point de garanties en matière de justice répressive. Lycurgue n'avait pas cru devoir régler les détails de la procédure criminelle, persuadé que ses sages institutions suffisaient à prévenir tous les délits. Néanmoins, s'il s'agissait d'une condamnation capitale, le jugement ne pouvait être rendu qu'après un examen très sérieux de l'affaire. En général, les peines étaient d'une rigueur excessive et hors de proportion avec la gravité des infractions. Des châtiments corporels étaient infligés aux enfants pour de légères fautes; on condamnait au fouet les jeunes gens qui s'adonnaient à la mollesse ou à l'intempérance. Les coups violents étaient le châtiment ordinaire des infractions graves; le patient était promené par les rues de la ville et frappé sans relâche, ou piqué de l'aiguillon, qui était aussi employé comme instrument de torture. Enfin l'exécution de la peine de mort avait lieu la nuit, dans

l'intérieur de la prison ; c'est par la strangulation que l'on mettait fin aux jours du condamné.

Quand on connaît l'esprit de la législation de Lycurgue, on peut affirmer qu'à Lacédémone le principe de la liberté individuelle demeura inconnu. Dominé par la pensée de fonder un Etat puissant et redoutable, de faire un peuple de héros, Lycurgue avait doté son pays d'une constitution toute guerrière. L'Etat s'emparait de l'individu dès son enfance et le soumettait sans distinction, jusqu'à sa vieillesse, à toutes les exigences d'une discipline militaire. « Le gouvernement de Sparte ne sembloit pas estre police de chose publique, ains plustost reigle de quelque dévote et saincte religion(1). » Les plus petits détails de la vie étaient réglés et prévus d'avance ; l'homme ne s'appartenait pas, il était la propriété, l'instrument docile de l'Etat. Sous l'inspiration d'un patriotisme aveugle, l'Etat n'admettait au droit de vivre que les sujets sains et vigoureux, sacrifiant sans pitié les enfants qu'une complexion délicate devait rendre impropres aux durs labeurs de la guerre. Et telle était l'obéissance passive aux prescriptions du législateur, que pas un père de famille ne protesta contre cette horrible violation des droits de la nature. Quelle estime pourrions-nous concevoir pour des institutions qui, au nom de la patrie, étouffent la voix de l'humanité !

§ II. Athènes

L'amour de l'indépendance et l'horreur du despotisme caractérisent la physionomie du peuple athénien. Constitué monarchiquement dès le principe, il marcha sans cesse vers la république, substituant au principe de l'hérédité le principe de l'élection, base du gouvernement démocratique.

---

(1) Plutarque. *Vie de Lycurgue* trad. par Amyot.

La royauté abolie, les Athéniens reconnurent la nécessité de changer leurs lois. Nous ne mentionnons que pour mémoire celles de Dracon, qui prescrivaient la peine capitale pour les moindres délits, lois écrites avec du sang, selon l'expression de l'orateur Demedès ; leur sévérité outrée les fit tomber en désuétude.

A l'illustre Solon était réservé l'honneur de doter son pays d'une législation sage et conforme à ses aspirations libérales. Il divisa les citoyens en quatre classes et attribua aux trois premières les magistratures politiques et administratives. La quatrième, la plus nombreuse, ne fut pas admise aux fonctions publiques ; Solon crut devoir lui accorder le droit de voter dans les élections, dans les assemblées générales du peuple, et de statuer dans les jugements des crimes religieux et politiques. L'élément démocratique faisait ainsi contre-poids à l'élément aristocratique. Par son vote dans les élections, le peuple eut sa part de souveraineté ; malheureusement il abusa plus d'une fois de sa prépondérance, et compromit les libertés publiques.

Chez les Grecs, la coutume primitive permettait de s'obliger en engageant sa personne, et l'emprisonnement pour dettes avait souvent causé de sanglants désordres dans la ville d'Athènes. Un des premiers soins de Solon fut d'abolir la contrainte par corps ; il donna lui-même l'exemple en libérant tous ses débiteurs, mais il laissa subsister la contrainte contre les débiteurs de l'Etat. Il proscrivit sévèrement la contrainte conventionnelle, défendit aux citoyens d'aliéner leur liberté, et abolit l'usage barbare qui permettait au père de famille indigent de vendre ses enfants. Ajoutons cependant qu'il laissa debout une ancienne coutume qui donnait à tout citoyen témoin du déshonneur de sa fille ou de sa sœur, le droit de la réduire en servitude.

La jurisprudence athénienne avait en quelque sorte consacré le principe de la liberté individuelle en admettant une action

spéciale contre les arrestations illégales et la détention arbitraire. Des fonctionnaires nommés undécemvirs avaient mission d'arrêter et de dénoncer aux archontes les coupables surpris en flagrant délit. Il fallait un crime pour autoriser un simple particulier à opérer une arrestation. Dans ce cas, le citoyen était obligé de se porter accusateur, et encourait une amende de mille drachmes s'il abandonnait son accusation. Cette sage disposition avait pour but de prévenir le danger des accusations légères, ou les atteintes à la liberté des citoyens.

La poursuite des délits privés appartenait aux parties lésées. En cas d'assassinat, les parents de la victime, jusqu'au quatrième degré, pouvaient se porter accusateurs. Néanmoins, comme la composition pécuniaire était admise, la famille avait la faculté de se dessaisir de l'accusation moyennant indemnité. « Ainsi le riche pouvait facilement acquérir le privilège de l'impunité (1). »

A en juger par le procès de Socrate, la loi autorisait la détention préventive, même hors le cas de flagrant délit ; par contre, elle admettait la liberté sous caution. C'est un droit que les sénateurs garantissaient en entrant en fonctions ; ils juraient de laisser la liberté à tout citoyen qui présenterait trois cautions d'une solvabilité reconnue. Il n'y avait exception à cette règle que pour les cas extrêmement graves, tels que les attentats contre la religion ou la sûreté de l'Etat : l'énormité du crime excluait le bénéfice de la liberté provisoire.

A Athènes, les audiences étaient publiques. La défense était libre et sans entraves ; l'accusé disposait à son gré de tous les moyens possibles pour combattre l'accusation. Dans les causes capitales, l'accusé qui, après avoir prononcé un premier dis-

---

(1) Du Boys. *Op. cit.*

cours, désespérait de sa cause, avait la faculté de prendre la fuite et d'échapper à la mort par un exil volontaire.

Etaient seuls admis à déposer en justice les citoyens probes et vertueux ; le témoignage des affranchis et des étrangers n'était pas refusé, mais on ne le recevait qu'à titre de renseignement. Quant au témoignage des esclaves, il n'avait de valeur que sur la foi des supplices. Le maître sous le coup d'une accusation, qui voulait se servir de son esclave pour le justifier, livrait le malheureux aux tourments de la question, et celle-ci tenait lieu du serment que la loi refusait à l'esclave. Les verges et la roue étaient les instruments de torture les plus usités. Cette coutume bizarre et inhumaine nous étonne d'autant plus que chez les Athéniens les esclaves étaient généralement traités avec douceur ; le législateur les avait même entourés d'une certaine protection. C'est ainsi que les maîtres n'avaient point sur eux droit de vie et de mort ; les châtiments qu'ils leur infligeaient devaient être justifiés par des infractions sérieuses. L'esclave était-il maltraité habituellement et sans cause légitime, la loi l'autorisait à porter plainte au magistrat, et il obtenait souvent d'être vendu à un maître plus humain. Etait-il frappé par un autre que son maître, il avait le droit de l'appeler en justice ; le coupable était condamné à une réparation en rapport avec la gravité des blessures.

Comme chez la plupart des peuples, le droit d'asile fut respecté à Athènes. Les accusés trouvaient dans l'enceinte des temples, aux pieds des statues des dieux, un refuge assuré contre les poursuites de la justice. On considérait comme une impiété la violation de ces asiles sacrés.

Si la loi accordait aux accusés ordinaires les garanties compatibles avec l'ordre public et les droits du citoyen, elle était inexorable pour le traître, qu'elle considérait comme indigne de toute protection. Le meurtre d'un traître, aussi bien que celui d'un tyran, loin d'être puni comme un crime, était un

acte de civisme digne de la reconnaissance publique. La patrie délivrée décernait à son sauveur une couronne de laurier, comme aux vainqueurs des jeux olympiques. La moindre présomption était un arrêt de mort ou de bannissement pour quiconque était soupçonné de vouloir renverser la République. Les Athéniens aimèrent mieux voir périr un citoyen sur un simple soupçon, que de tomber dans une servitude trop réelle en attendant des preuves. « Pour les autres crimes, dit l'orateur Lycurgue, la peine doit suivre le délit ; dans la trahison et les attentats contre le gouvernement, elle doit précéder, car si on laisse échapper le moment où se forme un projet pernicieux, il n'est plus possible de punir les coupables, qui sont déjà au-dessus de la punition (1). »

Ombrageux et jaloux de leur indépendance, les Athéniens étaient facilement portés à se défaire des citoyens illustres dont les mérites et l'influence leurs paraissaient une menace pour les libertés publiques. « Que les hommes trop puissants, dit une loi, soient condamnés à l'exil » ; et l'ostracisme punissait par dix ans d'exil les talents, la vertu, la gloire ; la patrie était privée pour dix ans du concours d'un éminent citoyen ; mais qu'importe, le principe de l'égalité démocratique était sauvé ! Cette mesure de salut public, mesure souverainement injuste, fut parfois la récompense des plus grands services rendus à l'Etat. Il convient d'ajouter cependant que cette loi d'exception ne fut votée que dans des cas très rares et sur l'avis unanime de l'assemblée nationale.

Voici encore une disposition injuste, qui fait tache dans la législation athénienne : elle admettait l'hérédité des peines. L'histoire a justement flétri la conduite des Athéniens envers le vainqueur de Marathon. Frappé d'une amende de 50 talents, Miltiade, insolvable, mourut en prison ; Cimon, son fils, fut

(1) De Pastoret. *Op. cit.*

forcé de prendre sa place jusqu'à ce qu'il eût acquitté la dette paternelle.

Ajoutons enfin au triste chapitre des illégalités le dangereux système des peines arbitraires. Le peuple et même les tribunaux violèrent plus d'une fois le principe de la non-rétroactivité des lois ; car, suivant les circonstances, des actes que la loi pénale n'avait pas prévus furent convertis en délits. Quelle liberté, quelle sécurité pouvait-on trouver dans une république ombrageuse, où des faits, innocents la veille, pouvaient arbitrairement être incriminés le lendemain ?

« Ainsi l'ostracisme, les vices d'une constitution trop démocratique et de l'organisation judiciaire, la continuelle surveillance de l'aréopage, les troubles fréquents de la République s'opposèrent à l'entière et paisible possession de la liberté individuelle (1). »

---

(1) Nigon de Berty. *Histoire abrégée de la liberté individuelle.*

DROIT ROMAIN

DE QUELQUES RESTRICTIONS AU PRINCIPE

DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE

EN DROIT PRIVÉ

DROIT ROMAIN

DE QUELQUES RESTRICTIONS AU PRINCIPE

DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE

EN DROIT PRIVÉ

PRÉLIMINAIRES

Les Romains jouirent-ils de cette indépendance personnelle, de cette libre disposition de ses actes, de ces garanties civiles et politiques dont l'ensemble constitue de nos jours le grand principe de la liberté individuelle ? Il est permis d'en douter lorsque, après avoir parcouru l'immense recueil des lois romaines, on s'aperçoit que le législateur s'est beaucoup plus préoccupé de l'Etat que de l'individu ; on n'y trouve qu'en trop petit nombre ces grands principes protecteurs de l'ordre social, qui savent concilier les intérêts supérieurs de l'État avec les droits sacrés des citoyens. Et, cependant, quel peuple fut

jamais plus attaché à la liberté, comme le dit Bossuet dans son *Discours sur l'histoire universelle !* La liberté fut divinisée, elle eut à Rome ses statues et son temple ; les philosophes et les jurisconsultes lui consacrèrent des définitions enthousiastes. La liberté est le bien le plus précieux de l'homme en état de société. C'est la faculté naturelle de faire tout ce qu'on veut, à moins qu'on n'en soit empêché par la force ou par le droit : « Libertas est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, » nisi si quid vi aut jure prohibetur (1). »

La liberté n'est pas un droit privé, mais un droit public ; celui qui la doit est tenu de l'offrir : « Libertas non privata, » sed publica res est, ut ultro is qui eam debet offerre » debeat (2). »

Par le droit naturel tous les hommes naissent libres : « Utpote » cum jure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota » manumissio cum servitus esset incognita (3). »

La liberté est une chose inestimable : « Libertas inestima- » bilis res est (4). »

Les anciens Romains préféraient la mort à la perte de la liberté ; et un rescrit de l'empereur Constantin nous apprend que les mêmes lois qui leur permettaient de tuer leurs enfants leur défendaient de les vendre et de les réduire en servitude : « Libertati a majoribus tantum impensum est ut patribus qui-

---

(1) L. 4 D., I, 5. *De statu hominum.*
(2) L. 53 D., XL, 5. *De fideicom. libertatibus.*
(3) L. 4 D., I, 1. *De justitia et jure.*
(4) L. 106 D., L, 17. *De diversis regulis juris antiqui.*

» bus jus vitæ in liberos necisque potestas olim erat per-
» missa, libertatem eripere non liceret (1). »

Mais cette liberté, si bien définie dans les textes que nous venons de citer, doit être considérée par opposition à l'esclavage. Ce n'est pas un droit individuel, dit la loi, c'est un droit public. Etre libre, c'est faire partie de la grande famille, c'est être citoyen romain et avoir droit aux prérogatives attachées à ce titre. Mais est-ce la liberté prise dans l'acception philosophique et morale du mot ? Nous ne le pensons pas. En fait, les Romains furent, surtout dès les premiers temps, esclaves de lois barbares et absurdes qui n'offraient que de bien faibles garanties à la liberté des citoyens. Sous la République, les Romains se croyaient libres parce qu'ils participaient à l'exercice de l'autorité souveraine en prenant part au jugement des affaires capitales, ainsi qu'à l'élection des consuls et des premiers magistrats. Voilà bien les caractères de la liberté politique. Quant à la liberté civile, qui résulte de l'application du principe de l'égalité devant la loi, ce fut une conquête de la philosophie stoïcienne et du christianisme ; le peuple romain n'en jouit réellement que dans le dernier état de la législation.

La question de la liberté individuelle offre un vaste champ d'études qui embrasse l'ensemble des lois civiles et pénales. En présence de la difficulté et de la longueur de la tâche, nous avons cru devoir borner notre travail à l'examen de certaines

(1) L. 10 C., VIII, 48. *De patria potestate.*

dispositions restrictives en ce qui concerne l'organisation de la famille, la tutelle des femmes, les rapports des créanciers avec leurs débiteurs ou la contrainte par corps.

La loi romaine n'accordait qu'à l'homme libre, *sui juris*, le droit de disposer de sa personne et de ses biens ; les esclaves, l'enfant et la femme vivaient sous sa dépendance absolue : d'où les trois puissances connues sous le nom de puissance *dominicale, paternelle, maritale.*

CHAPITRE PREMIER

PUISSANCE DOMINICALE

§ 1. Esclavage

L'esclavage était du droit des gens, non pas du droit naturel ; car les hommes ne naissent point et ne sont point organisés pour être la propriété d'autrui : « Servitus autem est » constitutio juris gentium qua quis dominio alieno contra » naturam subjicitur (1). »

L'esclavage avait ce caractère particulier aux institutions du droit des gens qu'il était applicable à tous les hommes. En effet, les étrangers pouvaient être esclaves à Rome, et les Romains chez les étrangers. Pour se faire une idée juste de la situation de l'esclave, il faut bien sentir la force de cette expression *dominio alieno subjicitur : dominium* signifie, dans le langage du droit, non-seulement pouvoir, puissance, mais encore propriété. L'esclave tombe dans la propriété de son maître et devient une *chose* par rapport à lui ; il fait partie de son patrimoine, c'est un bien dont il peut disposer. Malgré cela, toute personnalité n'était pas détruite chez les esclaves, même à l'égard de leur maître. C'est ainsi qu'ils pouvaient agir ou figurer dans certains actes où ils représentaient la personne du maître ; l'esclave n'était, selon l'expression de Théophile, qu'un intermédiaire, un instrument, la représentation de son maître. Entre l'esclave et l'homme libre, il y avait cette différence que celui-

(1) L. 4 D., I, 5. *De statu hominum.*

ci avait le droit de faire tout, excepté ce que la loi lui défendait, l'esclave rien, excepté ce que la loi lui permettait.

Les esclaves, dans la société générale, n'avaient point, à proprement parler, de personne (1). Ils étaient considérés comme n'existant pas dans l'ordre civil : « Quod attinet ad jus » civile, servi pro nullis habentur (2). » — « Servitutem mor- » talitati fere comparamus (3) »; d'où il résulte naturellement qu'ils étaient incapables d'exercer aucune fonction. Ils pouvaient, il est vrai, être appelés en témoignage dans une affaire civile ou criminelle, mais seulement à titre de renseignement, et quand il n'y avait pas d'autre moyen de découvrir la vérité.

Que dire de leur misérable condition ! C'étaient des êtres humains dépouillés de tout caractère et assimilés aux choses sur lesquelles le maître exerçait le droit de propriété le plus absolu, *res mancipi*. Et ce droit de propriété entraînait pour les maîtres des pouvoirs, pour ainsi dire, sans limites : ils pouvaient les châtier, les maltraiter outre mesure, les tuer même au gré de leur caprice. Citons quelques exemples du peu de cas que les Romains faisaient de leurs esclaves.

Vidius Pollion fit jeter dans un vivier un pauvre esclave coupable d'avoir brisé un vase par maladresse. Cicéron rapporte qu'un esclave fut mis à mort pour avoir percé un sanglier avec une arme dont il ne devait pas se servir (4). Dans les combats de gladiateurs, les esclaves se massacraient entre eux pour le plaisir du peuple. Dix mille gladiateurs succombèrent dans les combats qui eurent lieu pour célébrer le triomphe de Trajan sur les Daces (5).

---

(1) Théophile. *Instit.*, III, 17.
(2) L. 32 D., L. 17. *De diversis regulis juris.*
(3) Ulpiani. *Fragmenta*, 209.
(4) Cicero, *Oratio in Verrem*, C. III.
(5) Nigon de Berty. *Op. cit.*

On employait la torture contre les esclaves pour leur arracher l'aveu du crime qu'on leur imputait, ou en obtenir quelques renseignements, s'ils en avaient connaissance. Il est vrai que lorsqu'un esclave avait souffert les horreurs de la torture dans un débat à la suite duquel son innocence était reconnue, on indemnisait... le maître ! L'accusateur était tenu de constituer une caution à cette fin (1).

Jusqu'aux derniers temps de la République, les délits commis par les esclaves furent punis de la façon la plus arbitraire. D'après la Loi des XII Tables, l'esclave pris en flagrant délit de vol manifeste était frappé de verges. Mais l'Édit du préteur vint adoucir la rigueur de la loi primitive : il substitua à cette peine l'indemnité ordinaire du quadruple.

Les esclaves étaient responsables de la mort de leur maître. D'après les dispositions de la loi Cornelia *De sicariis*, on mettait à mort, pour ne l'avoir pas défendu contre les meurtriers, les esclaves qui s'étaient trouvés sous le même toit que le maître, et cela après les avoir soumis à la torture pour en obtenir des aveux sur les auteurs du crime.

La puissance du maître sur l'esclave ne subit pas de modifications jusqu'à la fin de la République ; mais à partir de cette époque, elle perdit peu à peu de sa rigueur primitive, et il se produisit un mouvement considérable en faveur de leur affranchissement. Néanmoins, ils ne furent jamais admis à l'exercice des droits civils et politiques. La loi Pétronia enleva aux maîtres le droit de les forcer à combattre contre les bêtes : « Post legem Petroniam dominis potestas ablata est ad bestias » depugnandas suo arbitrio servos tradere. » Claude décida que l'esclave abandonné par son maître *ob gravem infirmitatem*,

---

(1) Ferd. Walther. *Hist. du droit crim. chez les Romains ;* trad. par J. Picquet-Damesme. (*Introduction*, p. XXIV). Paris et Grenoble, 1863, in-8°.

deviendrait libre et latin-junien (1). Adrien défendit que les esclaves pussent être mis à mort, si ce n'est en vertu d'une condamnation du magistrat. Antonin le Pieux punit comme homicide tout maître qui aurait tué son esclave; il édicta aussi des mesures pour prévenir les mauvais traitements. Les constitutions de ces deux empereurs furent conservées par Justinien : « Sed hoc tempore nullis hominibus qui sub imperio » nostro sunt licet, sine causa legibus cognita, in servos suos » supra modum sævire ». Marc-Aurèle frappa de nullité la clause *ut cum bestiis pugnarent*, qui était souvent insérée dans les contrats de vente d'esclaves.

« Tels sont les adoucissements que les empereurs païens apportèrent à la condition de l'esclave. Les empereurs chrétiens y ajoutèrent peu de chose. Ils s'appliquèrent plutôt à multiplier les causes d'acquisition de la liberté qu'à améliorer le sort des esclaves (2). »

§ II. Colonat

Jusqu'à l'époque de Constantin, il n'existe pas de condition intermédiaire entre les esclaves et les affranchis. Peu d'années avant le règne de cet empereur, il s'établit une classe particulière, distincte de celle des esclaves, celle des *agricoles* ou *colons*. L'état de ces hommes était un esclavage mitigé, dont l'établissement contribua beaucoup à l'extinction de l'esclavage proprement dit. Leur condition différait de celle des esclaves, quoiqu'elle s'en rapprochât beaucoup à certains égards ;

---

(1) De la loi *Julia-Norbana,* qui avait régulièrement organisé cette classe d'affranchis. La distinction entre les affranchis citoyens et les affranchis latins fut définitivement supprimée sous Justinien.

(2) Accarias, *Précis de Droit Romain,* 4e édit., t. I, p. 103-104. Paris, 1886, in-8°.

c'est pour cette raison qu'on les a appelés *servi terræ*. De même qu'aux esclaves, on leur infligeait des châtiments corporels. Ils ne pouvaient intenter une action contre le propriétaire du fonds que dans deux cas : 1° pour le cas d'augmentation arbitraire du canon (*superexactio*) ; 2° pour le cas d'un crime commis à leur égard par le propriétaire.

On divisait les colons en *coloni censiti* ou *tributarii*, et en *coloni liberi*. Les premiers, ainsi nommés parce qu'ils payaient un tribut de tant par tête, se rapprochaient le plus des esclaves ; ils ne possédaient rien par eux-mêmes, leur pécule revenait à leur maître : « Agricolarum alii quidem sunt adscriptitii, et eorum peculia dominis competunt (1). »

Les *coloni liberi* s'éloignaient moins de la condition des citoyens. Ils n'étaient soumis qu'à une redevance annuelle qu'ils acquittaient en denrées ou en espèces. L'acquisition des immeubles leur était permise, mais ils ne pouvaient pas les vendre ; quant à l'exercice des fonctions publiques, il leur était défendu aussi bien que le service militaire : « Colonos nulla ratione ad ullum quamvis humilioris militiæ locum sinimus admitti (2) ».

Le colon était attaché au fonds par un lien indissoluble, et il ne pouvait en être séparé ni par sa volonté ni par celle du maître... « nec recedendi quo velint, aut permutandi loca habeant facultatem » (3). Défense absolue de vendre un colon : « Ita rusticos censitosque servos vendi omnifariam non licebit (4). »

S'il quittait le fonds auquel il était attaché à perpétuelle demeure, le colon pouvait être revendiqué par le propriétaire contre le tiers possesseur.

---

(1) L. 18 C., XI, 47, *De agricolis.*
(2) L. 19 C., XI, 47, *De agric.*
(3) L. un. C. XI, 51, *De col. Thrac.*
(4) L. 7 C. XI, 47, *De agric.*

La vente d'un colon était frappée de nullité radicale. Comment expliquer une pareille restriction aux droits du propriétaire foncier ? Faudrait-il l'attribuer à un droit réel du colon sur le fonds lui-même ? Aucun texte de loi ne vient à l'appui de semblable hypothèse. L'intérêt de l'agriculture, généralement abandonnée par les hommes libres, a seul inspiré cette disposition restrictive. En protégeant le colon contre la cupidité ou le caprice du maître, le législateur a voulu assurer le travail régulier des champs. Telle est l'opinion émise par le savant romaniste M. de Savigny (1).

---

(1) De Savigny ; in *Abhandlungen der historischphilosophischen Klasse der Kœnig. Ac. der Wissenschaften zu Berlin.* Berlin, 1825.

CHAPITRE II

PUISSANCE PATERNELLE

La puissance paternelle est la base de la famille, et les familles sont la base de l'Etat ; de la constitution de la famille dépendent la force et la solidité d'un gouvernement.

Persuadés de la vérité de ce principe politique, les Romains organisèrent fortement la puissance paternelle.

Tout est soumis à la souveraineté d'un seul : corps et biens, tout est au pouvoir du *paterfamilias ;* il est chef du culte domestique (*sacra privata*), et maître des personnes et du patrimoine. Le *paterfamilias* est comme un monarque absolu ; dans sa maison tout est à lui, même sa femme, à moins qu'il n'ait point acquis sur elle la *manus ;* ses enfants sont à lui comme ses esclaves.

« A ces effets exorbitants, il est facile de reconnaître que la puissance paternelle ne pouvait pas être classée dans le *jus gentium*, qu'elle est organisée dans l'intérêt du père et non de l'enfant, et que cet intérêt lui-même n'est qu'un moyen d'atteindre un but plus éloigné, un but politique (1). »

C'est donc, on peut l'affirmer, à l'organisation puissante de la famille que Rome fut redevable de son prodigieux développement et de sa grandeur.

Cependant on ne peut s'empêcher de reconnaître que ce pouvoir illimité, attribué par le droit primitif au père de famille, avait un caractère odieux et barbare. Nulle part on n'a

---

(1) Accarias. *Op. cit.*, p. 182.

rencontré une constitution de la famille établie sur des bases aussi rigoureuses : « Nulli sunt homines qui talem in liberos habeant potestatem (1). » Dans les premiers âges de Rome, la puissance du père était absolue, sans aucune entrave ni contrôle, nulle responsabilité morale ne modérait les rigueurs de cette autorité ; c'est ce qui a fait dire au célèbre Cujas : « Dans les lois de Romulus, les enfants étaient soumis à leur père comme des esclaves. »

Ce serait toutefois tomber dans une grande erreur que de considérer la puissance paternelle comme le pendant, la reproduction de la puissance dominicale ; il y a entre elles une différence profonde, capitale : l'esclave est une *chose,* le fils reste un *homme.* Aux yeux de la loi, la famille entière est une personne unique, ayant un seul chef, le *paterfamilias,* qui concentre dans ses mains l'exercice des droits des enfants plutôt qu'il ne les dépouille de leurs droits. « La famille est une société où un seul agit et commande dans l'intérêt de tous (2). »

La loi des XII Tables confirma l'autorité illimitée que Romulus avait abandonnée au père de famille : « Endo liberis jus vitæ necisque, venumdandique potestas ei esto (3). » — « Quum patri lex Regia dederit in filium vitæ necisque potestatem (4). »

Ainsi, propriétaire de ses enfants, mais à un autre titre qu'à celui d'esclaves, le *paterfamilias* avait des droits absolus sur leur personne et leurs biens. Sur leur personne, il avait le droit de vie et de mort, le droit de les vendre, de les abandonner en réparation d'un dommage, de les exposer, de les maltraiter,

---

(1) Instit., *De patria potestate.*
(2) Accarias. *Op. cit.*
(3) *Fragm. des XII T.*, L. IV, 2.
(4) *Collatio legum mosaic.*, Tit. IV, § 8.

de leur infliger des châtiments excessifs et hors de proportion avec la faute. « At Romanorum legislator omnem, ut ita dicam, potestatem in filium patri concessit, idque toto vitæ tempore ; sive eum in carcerem conjicere, sive flagris cœdere, sive vinctum ad rusticum opus detinere, sive occidere vellet... (1). » Tant que le père était vivant, le fils, eût-il 70, 80 ans, restait soumis à sa puissance. En ce qui concerne le droit de vie et de mort, ne nous y trompons pas ; ce n'est point à titre de maître que le père use de ce droit exorbitant et si peu compatible avec les sentiments de la nature. Dans le véritable esprit de la loi, le père est plutôt un justicier, un magistrat dont les sentences sont sans appel ; il juge son fils dans une assemblée de parents, et c'est à la suite d'un *judicium domesticum* qu'il le condamne à mort.

Plus tard, néanmoins, le progrès de la civilisation, le sentiment de l'affection paternelle plus développé, l'adoucissement des mœurs et des lois elles-mêmes vinrent atténuer la rigueur de cette formidable puissance. Un fragment du Digeste nous apprend que Trajan contraignit un père à libérer son fils de sa puissance, parce qu'il l'avait traité inhumainement. Adrien condamna à la déportation un père qui, à la chasse, avait tué son fils, bien que ce dernier fût coupable d'adultère avec sa marâtre ; car, dit Marcien, qui rapporte le fait, « patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere ». Ulpien écrit qu'un père ne peut tuer son fils sans jugement. Alexandre Sévère réduisit les droits du père à une simple correction. Constantin punit comme parricide tout père de famille qui donne la mort à son fils.

A partir de cette époque, une ère nouvelle s'ouvre pour les fils de famille, le *jus vitæ necisque* disparaît définitivement, et sous l'influence de la civilisation, la *pietas paterna* succède à

(1) Trad. de Denys d'Halicarnasse.

l'*atrocitas paterna*. C'est surtout le christianisme, dit le savant Godefroy, qui fut la source de ces bienfaisants progrès : « christiana disciplina paulatim patriæ potestatis duritiam emolliente ».

Occupons-nous maintenant du droit de vente, qui frappe plus directement le fils de famille dans l'exercice de sa liberté individuelle.

La vente des enfants se faisait par la mancipation, et d'après les dispositions de la Loi des XII Tables, la puissance paternelle n'était éteinte qu'après trois mancipations successives : « Si pater filium ter venumduit, liber esto (1). » Le père de famille mancipait son fils à l'acquéreur, qui se trouvait ainsi investi de la puissance appelée *mancipium*. Ce dernier affranchissait alors l'enfant *vindicta*, qui retombait de plein droit sous la puissance paternelle. Venaient ensuite une seconde mancipation et un second affranchissement suivis du même effet ; puis le père mancipait une troisième fois son fils ; dès lors, sa puissance était définitivement éteinte et remplacée par un pouvoir étranger. L'enfant était placé *in mancipio ;* il était, pour ainsi dire, assimilé à un esclave : « servorum loco constituitur (2) ».

D'après une loi de Numa Pompilius, citée par Denys d'Halicarnasse, le fils de famille, une fois marié, ne pouvait plus être vendu. A l'égard des filles, le *paterfamilias* perdait sa puissance par une vente unique : « una mancipatio sufficit (3) ». D'ailleurs, dans la pratique, on peut dire que le *mancipium* était une formalité juridique ayant pour objet de détruire une autorité préexistante plutôt qu'un moyen d'en créer une nouvelle ; tel est le cas pour l'émancipation ou l'adoption. A l'époque classique, ce droit a perdu de sa rigueur primitive. Gaius nous apprend que le *mancipium* n'intervenait le plus souvent

---

(1) *Fragm.*. L. IV.

(2) Gaius. *Comment.*, I et III.

(3) *Ibid.*, I, 134.

que comme moyen de forme, et non comme but définitif. Il ne conservait son efficacité que dans la *deditio noxalis* ou *ob noxali causa*, dont nous allons dire quelques mots.

Les Romains trouvaient injuste d'avoir à souffrir personnellement du dommage causé à autrui par leurs enfants : « Iniquum nequitiam filiorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse (1). » En vertu de ce principe souverainement égoïste, le père, pour n'avoir pas à répondre du préjudice causé par la faute de son fils, l'abandonnait en *noxe* à la personne lésée ; moyen certes bien facile de se soustraire à la responsabilité paternelle, qui révèle à lui seul le côté froid et pratique du caractère romain ! Le tiers victime du délit pouvait bien s'en prendre au père ; mais celui-ci avait le choix entre le paiement d'une indemnité pécuniaire ou l'abandon de son fils. Dans ce dernier cas, le fils se trouvait *in mancipio ;* privé de la jouissance de sa liberté, il était obligé de travailler pour son nouveau maître jusqu'au jour où, par le produit de son labeur ou d'autres acquisitions, il était parvenu à l'indemniser du préjudice qu'il avait causé. Il était dans une condition plus dure que celui qui avait été l'objet d'une vente, car l'enfant vendu pouvait se faire affranchir *censu,* malgré son maître, ce qui n'était point permis à l'enfant *in mancipio* par suite d'abandon noxal. Rendu à la liberté, le fils de famille retrouvait tous ses droits intacts, le *mancipium* n'avait pu qu'en paralyser l'exercice.

L'abandon noxal, encore en usage à l'époque de Gaius, tomba peu à peu en désuétude et disparut législativement sous Justinien, qui nous dit dans ses Institutes : « Quis enim patiatur filium suum, et maxime filiam suam, in noxam alii dare (2)? »

Quant à la vente des enfants, les écrits de Paul constatent

---

(1) Gaius. *Comment.,* IV, § 79.

(2) *Instit.*, L. IV, 8, § 7.

que de son temps elle n'avait lieu que dans un cas d'extrême misère, « contemplatione extremæ necessitatis aut alimentorum gratia ». Dans un rescrit inséré au Code, Dioclétien et Maximien disent qu'il est hors de doute « manifestissimi juris » que les pères ne peuvent livrer leurs enfants ni en donation ni en gage (1). Néanmoins Constantin permet de les vendre au sortir du sein de la mère, *sanguinolentos*, et quand on y est forcé par une extrême indigence, « propter nimiam paupertatem egestatemque victus ». Cette tolérance de la part d'un empereur chrétien aurait lieu de nous surprendre si nous ne savions pas qu'elle fut inspirée par un sentiment d'humanité et aussi par l'intérêt de son peuple. En effet, les infanticides étaient alors très fréquents ; c'est pour en diminuer le nombre toujours croissant et arrêter la dépopulation imminente de l'Empire, que Constantin dérogea au principe déjà admis par l'empereur Dioclétien.

La loi autorisait le père de famille à louer les services de ses enfants, à engager leur travail, en un mot à les transformer en instruments de gain tant qu'ils restaient sous sa puissance. C'était une atteinte grave à la liberté individuelle, car la location des services n'est autre chose qu'une vente partielle et temporaire de la personne. Or le père exerçait ce droit pleinement et sans limites ; il pouvait soumettre son fils, la vie durant, aux travaux les plus pénibles et les plus répugnants. Jusqu'à l'époque classique, ce droit subsista intact ; les Sentences de Paul ne laissent aucun doute à cet égard : « Operæ eorum locari possunt (2). »

Relativement aux biens, le droit de propriété du père sur ses enfants devait faire retomber dans son patrimoine toutes les acquisitions qu'ils faisaient. Ainsi que l'esclave, le fils ne pou-

(1) L. 1 C., *De patribus qui filios.*
(2) Pauli *Sent.* V, I, § 1.

vait rien avoir qui ne fût au *paterfamilias*. Telle fut la loi durant les premiers siècles ; plus tard, néanmoins, l'établissement des divers pécules vint tempérer cette jurisprudence. Sous les premiers empereurs romains, on sépara des autres biens ceux que le fils de famille avait acquis à l'armée, *castrense peculium*. Sous Constantin, on distingua aussi ceux qu'il acquérait dans l'exercice de certains emplois à la Cour, *quasi castrense peculium;* enfin ceux qui provenaient de sa mère ou d'un ascendant maternel, *peculium adventitium*.

A l'égard des filles, la puissance paternelle s'exerçait avec la même rigueur. Lorsqu'elle était mariée, la *filiafamilias* restait dans la famille de son père ; celui-ci ne perdait rien de ses droits ; il pouvait même arracher sa fille au domicile conjugal. Ce n'est qu'à la suite de la *conventio in manum* que la femme se trouvait libérée de la puissance paternelle ; et même alors les droits du père n'étaient pas complètement éteints, car il conservait, malgré la *manus*, le droit de protéger sa fille et de veiller sur ses mœurs. En effet, nous le voyons siéger dans le tribunal domestique composé des proches parents de la femme, lorsqu'il s'agit de juger et punir ses délits. Bien plus, le *jus vitæ necisque* est confirmé par la loi Julia, qui permet au père de tuer sa fille surprise en flagrant délit d'adultère, et son complice avec elle : « Capite secundo legis Juliæ *De adul-* » *teriis* permittitur patri tam adoptivo quam naturali adulterum » cum filia, cujuscumque dignitatis sit, domi suæ vel generi » deprehensum, manu occidere. »

CHAPITRE III

PUISSANCE MARITALE

En parlant des droits du *paterfamilias* sur sa fille, nous avons dit que le mariage *(justæ nuptiæ)* était, à lui seul, un lien trop faible pour affranchir la femme de la puissance paternelle. Malgré le mariage, la femme n'entrait pas dans la famille de son mari ; sous le nom de *matrona,* elle restait dans sa propre famille, soumise à son père et civilement étrangère à ses propres enfants.

Mais si la femme tombait *in manum* soit par l'usage, soit par la confarréation, soit par la coemption, *usu, farreo, coemptione,* la puissance paternelle s'éteignait pour faire place à la puissance conjugale. Dès lors, la femme *in manu* quittait la famille de son père pour entrer dans celle de son mari, elle devenait *materfamilias*. L'usage, la confarréation et la coemption étaient donc des formalités bien distinctes du mariage ; elles avaient seulement pour but de faire acquérir la *manus* au mari.

La *manus* ayant fait l'objet des patientes recherches des érudits et provoqué les polémiques savantes des romanistes, il nous paraît utile de nous arrêter un instant sur cette intéressante institution, qui imprime au mariage des Romains une physionomie toute particulière.

Rien de plus fragile que le mariage sans *manus ;* il pouvait à chaque instant se rompre contre la volonté du mari. Le plus souvent la femme, en se mariant, était encore *filiafamilias*. Alors le père conservait la puissance sur sa fille et devait la

conserver jusqu'au bout, s'il empêchait l'*usus* de s'accomplir ; mais par là-même il restait maître de briser l'union, soit de son propre mouvement, soit à la prière de son enfant.... Si maintenant la femme est *sui juris*, c'est à ses caprices que le mari est exposé ; la femme pourra divorcer sans motif et impunément : elle n'a pour cela qu'à quitter la maison conjugale ; elle fait route à part, *divertit*. Le mari qui n'a point la puissance sur elle, n'a aucune action pour la ramener au foyer.

« La *manus* consolide le mariage : c'est la protection du mari contre son beau-père ; c'est aussi une arme contre la femme (1). »

Par la *manus*, les liens d'agnation de la femme, définitivement rompus avec la famille dont elle était issue, renaissaient avec celle de son mari. Mais la *manus* opérait à son égard une *capitis deminutio* entraînant la perte de certains droits qui lui appartenaient, tels que les droits d'usufruit, d'usage, d'habitation, etc.

Les textes nous apprennent que la *filiafamilias* qui passait *in manu* par la coemption était libérée de la puissance paternelle comme si elle avait été donnée en adoption par son père : « Mulieres quæ coemptionem fecerunt per mancipationem » potestate parentis liberantur, nec interest an in viri sui manu » sint aut extranei, quamvis hæ solæ loco filiarum habeantur » quæ in manu viri sunt (2). » En effet, la *manus* et la *patria potestas* étaient deux puissances incompatibles, puisque l'une avait pour but de remplacer l'autre.

En droit, la femme est traitée comme étant, par rapport à son mari, *loco filiæ*. La *manus* procède de la même idée que la puissance paternelle, d'une idée de souveraineté et de pro-

---

(1) A. Esmein. *Mélanges d'histoire du droit et de critique.* (Droit romain). Paris, 1886, in-8°.

(2) Gaius. *Comment*, I, § 136.

priété, l'une entraînant le *jus vitæ necisque*, l'autre attribuant un droit absolu sur les biens. Mais le mari ne pouvait pas vendre sa femme, bien qu'il pût vendre ses enfants ; cette différence s'explique naturellement par des considérations de morale publique et par le respect dû à la famille de la femme.

Le regretté Paul Gide, dans sa remarquable Étude sur la condition privée de la femme, s'écarte sensiblement de l'opinion des nombreux auteurs qui, prenant à la lettre l'expression *loco filiæ*, considèrent la *manus* comme identique à la puissance paternelle et analogue au pouvoir absolu du maître sur l'esclave. « Il en était autrement, dit-il, des puissances maritale et paternelle : l'une et l'autre étaient illimitées, l'une et l'autre exclusives ; le conflit était inévitable et la discorde eût régné au cœur même de la famille, si l'entremise d'une autorité modératrice ne fût venue concilier et réunir les deux puissances rivales. Ce pouvoir médiateur, c'était le tribunal domestique... C'est grâce à ce tribunal que la famille, réunissant dans son sein l'autorité qui exécute et celle qui délibère, peut se gouverner par elle-même et former, au sein de l'État, comme une république indépendante (1). »

Le mari avait le droit de revendiquer sa femme, et le citoyen qui donnait asile à la fugitive s'exposait à être poursuivi comme voleur.

En ce qui concerne le droit de vie et de mort, le mari l'exerça sans obstacle, au moins dans le principe ; en voici une preuve frappante. Egnatius Metellus, qui vivait sous Romulus, fit expirer sa femme sous le bâton pour avoir bu du vin ; et ce fait, dit Valère-Maxime, ne trouva personne pour le blâmer. Il est consolant pour l'humanité, que l'histoire romaine ne nous ait laissé que quelques rares exemples de l'exercice d'un droit si

(1) P. Gide. *Etude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne*, 2e édit., p. 116. Paris, 1885, in-8°.

redoutable, droit qui s'explique, suivant l'expression de l'éminent romaniste M. Accarias, par l'idée d'une magistrature domestique. « Nous voyons, en effet, par un passage de Tacite (1), que sous le règne de Néron, une femme nommée Pomponia Græcina, ayant été accusée de participation à des superstitions étrangères (judaïsme ou christianisme), le soin de la juger fut abandonné à son mari, et que celui-ci procéda à l'examen de la cause et au jugement en présence des proches parents de la femme ; en quoi, dit Tacite, il ne faisait que suivre une coutume ancienne, et cette coutume est, en effet, constatée par Suétone et par Denys d'Halicarnasse (2). »

Le mari avait le droit de tuer sa femme et son complice surpris en flagrant délit d'adultère ; c'était à la fois un acte de justice et de vengeance privée. Mais la *loi Julia* abolit complètement ce droit à l'égard de la femme, et le restreignit beaucoup quant au complice. Une disposition de ladite loi lui permettait de retenir le coupable prisonnier pendant vingt heures consécutives : « Retinere deprehensum horas diuturnas » nocturnasque continuas non plus quam viginti jure liceat.» Par une conséquence logique de la *manus,* en vertu de laquelle elle est acquise au mari, la femme est dépouillée de tous ses droits de propriété, et le mari est érigé en maître de tout ce qui lui appartient. Celui-ci a donc tout pouvoir sur ses biens : il peut en disposer à son gré, les vendre, les donner, les dissiper même dans de folles orgies ; son pouvoir exorbitant n'a pas de contre-poids. Si la femme a un pécule, ce n'est qu'avec l'autorisation du mari :

> Peculi probam nihil habere addecet
> Clam virum . . . . . .
> Hoc viri censeo esse omne quod tuum'st (3).

---

(1) *Annales*, XII, 32.

(2) Accarias. *Op. cit.* 4e édit., p. 310.

(3) Plaute. *Casina*, Acte II, sc. 2.

Par la *conventio in manum*, dit P. Gide, tout ce que la femme possède tombe dans le patrimoine commun, tout ce qu'elle acquiert par la suite vient le grossir. C'était, au fond, un régime de communauté universelle.

Tel était l'état de dépendance absolue de la femme en ce qui concerne les biens, lorsque l'établissement de la dot vint contribuer à l'émancipation de la femme en renversant la base de la puissance maritale. Mais, ainsi qu'il arrive presque toujours après des changements dont le temps et le progrès social n'ont pas préparé l'avénement, une réaction dangereuse ne tarda pas à se produire après cette émancipation trop hâtive, et à l'excès de dépendance succédèrent l'excès et l'abus de la liberté. Dénaturée dans son principe, la *manus* n'est plus qu'une institution illusoire à laquelle le régime dotal vient porter les derniers coups. Peu à peu le lien conjugal se relâche, grâce à la fréquence du divorce ; la femme, alors maîtresse de ses biens, trafique de sa dot et en fait l'objet des plus honteuses transactions. Un luxe effréné, une immoralité révoltante envahissent ainsi la famille, désormais sans liens protecteurs.

C'est pour opposer une digue au débordement de la débauche, que le législateur va établir des restrictions étroites à la liberté de la femme, et la frapper d'incapacités nouvelles, ainsi que nous allons le voir en traitant de la tutelle perpétuelle des femmes.

CHAPITRE IV

DE LA TUTELLE DES FEMMES

Nous avons vu que la femme était soumise au pouvoir du chef de famille, pouvoir qui était soit la puissance paternelle, soit la puissance maritale, appelée *manus ;* mais quand elle était *sui juris*, elle était placée sous l'autorité d'un tuteur qui lui était donné par la famille ou par la loi.

Anciennement, la tutelle des femmes était perpétuelle ; il pouvait y avoir pour elles changement de tuteur, mais non fin de tutelle. Les Vestales seules en étaient exemptes, à cause, nous dit Ulpien, de la dignité de leur sacerdoce. On peut donner une seconde raison : c'est que la Vestale, uniquement vouée au service de la divinité, sortait de la famille et perdait ses droits de succession. Or, n'ayant point d'héritier, elle ne pouvait point laisser elle-même d'héritier *ab intestat ;* elle se trouvait donc en dehors des conditions qui avaient donné naissance à la tutelle perpétuelle, et c'est peut-être là le vrai motif de l'exemption.

Dès que l'enfant en tutelle avait atteint l'âge de puberté, il se trouvait libre et capable des actes de la vie juridique ; les pouvoirs du tuteur prenaient fin avec l'impuberté. Il en était bien autrement de la femme : quel que fût son âge, elle passait de la puissance paternelle sous celle d'un tuteur, dont les pouvoirs se continuaient perpétuellement ; durant sa vie entière, elle était traitée comme l'homme dans l'impuberté.

Cette distinction et cette différence de durée prouvent bien que les deux institutions ne reposent pas sur le même fonde-

ment. Quels sont donc les principes qui ont inspiré la tutelle perpétuelle des femmes, et à quelle nécessité sociale répondait-elle? Les textes nous apprennent que les anciens Romains avaient voulu que les femmes y fussent soumises, à cause de la faiblesse de leur sexe et de leur inexpérience des affaires. C'est ce que nous disent plusieurs auteurs, entre autres Cicéron, Ulpien et Tite-Live : « Et propter sexus infirmitatem et propter forensium rerum ignorantiam. » C'est aussi la doctrine de Gaius, qui n'invoque pas d'autre motif : « Veteres voluerunt feminas, etiamsi perfectæ aetatis sint, *propter animi levitatem* in tutela esse ». C'est bien là une raison d'un grand poids, mais nous pensons qu'il en est d'autres plus sérieuses, basées sur la constitution politique de la famille et les droits d'agnation. « Supposez, dit Paul Gide, que parmi les enfants se trouve une fille (1) : la part héréditaire qu'elle va recueillir ne se trouvera pas en sûreté entre ses mains ; il est à craindre qu'elle ne cherche un jour à appauvrir sa propre famille pour enrichir la famille étrangère à laquelle le mariage l'aura unie. C'est pour parer à ce danger, c'est pour perpétuer dans chaque famille, avec la conservation des biens patrimoniaux, le souvenir des ancêtres et la dignité ou la gloire de la maison, que les Romains privèrent la femme de la libre disposition de ses biens et la soumirent à la tutelle perpétuelle des agnats. »

Cette tutelle ne fut donc pas établie dans l'intérêt de la femme, « propter infirmitatem concilii », comme le dit Cicéron, mais plutôt dans l'intérêt des agnats, dans l'intérêt des tuteurs eux-mêmes ; les biens ne sortiront point de la famille, car le tuteur désigné est précisément héritier présomptif de la femme ; la tutelle est son bien, sa propriété de famille. Voici, en effet, qui confirme cette opinion et révèle clairement l'esprit de la loi. La femme sous la puissance paternelle peut, sans

(1) P. Gide. *Op. cit.*

autorisation, contracter des engagements valables, tandis qu'une fois en tutelle elle ne peut plus s'obliger sans l'*auctoritas tutoris*. Dans les deux situations, cependant, l'*infirmitas*, la *sexus fragilitas* sont les mêmes. Pourquoi donc cette différence? C'est que la *filiafamilias* n'a point de biens, qu'en s'engageant elle n'engage que sa personne, tandis que la femme en tutelle a un patrimoine qu'elle pourrait compromettre en s'obligeant. Ainsi, la tutelle avait pour but de protéger l'héritage plutôt que la femme elle-même.

Quelque opinion que l'on adopte sur les motifs de cette institution, il n'en est pas moins certain, ainsi que nous l'avons dit tout d'abord, que toute femme qui n'était pas en puissance était en tutelle. Sous la République, on admit quelques tempéraments à la rigueur du droit primitif. Peu à peu, tous les tuteurs, à l'exception des tuteurs légitimes, perdirent leurs pouvoirs et abandonnèrent aux femmes le soin de traiter elles-mêmes leurs affaires. Dans un grand nombre de cas, ce n'est que par pure forme, *dicis causâ*, que les tuteurs interposaient leur autorité ; c'est ce qui a fait dire à Cicéron, dans un accès d'humeur : « Les jurisconsultes inventèrent des espèces de tuteurs qui se trouvèrent au pouvoir des femmes (1) ».

La tutelle légitime resta seule debout. Cependant, le père pouvait manciper sa fille à un ami complaisant ; le mari qui voulait soustraire sa femme à l'avidité des agnats, l'émancipait ou lui donnait par testament le droit de se choisir un tuteur. De leur côté, les femmes cherchèrent à éluder les tutelles légitimes, et en trouvèrent facilement le moyen dans la loi elle-même. « Avec le consentement de son tuteur légitime, la femme se laissait vendre fictivement à un tiers (*coemptionem*

---

(1) Mulieres omnes, propter infirmitatem consilii, majores in tutorum potestate esse voluerunt : hi invenerunt genera tutorum qui potestate mulierum continerentur (*Pro Murena*).

facere); celui-ci l'affranchissait ou bien la revendait au premier tuteur ou à tout autre qui l'affranchissait, et alors libérée de son tuteur légitime, dont les droits s'étaient évanouis par la vente, elle ne se trouvait plus soumise qu'à l'autorité impuissante d'un tuteur fiduciaire, celui qui l'avait affranchie (1) ».

Ainsi, la tutelle renversa la *manus* en introduisant le mariage libre, qui permettait de conserver le patrimoine de la femme; mais la *manus*, à son tour, servit à ruiner la tutelle, car la femme parvint à l'employer pour passer sous la tutelle d'un homme de son choix, qui lui laissait une complète indépendance.

Du jour où la femme eut la faculté de se donner un tuteur *(tutor optivus)*, qu'elle put, au moyen de certains détours juridiques, établir son choix à sa guise et changer un tuteur gênant pour un tuteur complaisant, intéressé à faciliter les abus scandaleux de la liberté dont elle jouissait, l'institution de la tutelle des femmes tomba sous le mépris public. Bientôt l'amour du luxe et des plaisirs, dont l'aristocratie donnait l'exemple, envahit toutes les classes de la société et menaça Rome d'une ruine complète. Il fallait donc réagir vigoureusement contre la dépravation générale et arrêter la nation sur cette pente fatale. D'honnêtes et courageux citoyens ne craignirent pas d'affronter cette tâche difficile.

Déjà le tribun Oppius avait fait passer une loi destinée à réprimer le luxe des femmes. Aux termes de cette loi, il leur était défendu de posséder plus d'une demi-once d'or, de porter des vêtements de couleurs variées, de se faire traîner en voiture à travers les rues de Rome, excepté à l'occasion des fêtes religieuses. Mais cette loi fut l'objet des plus violentes attaques de la jeunesse et surtout des femmes; celles-ci, à force d'in-

(1) J. Ortolan. *Explication historique des Instit. de Justinien*, 10e éd. Paris, 1876, in-8°.

trigues et de supplications, parvinrent à la faire abroger, malgré les efforts du vertueux Caton, qui, dans cette circonstance, prononça le mémorable discours que nous a laissé Tite-Live.

Cependant le vieux Caton n'abandonna pas la lutte contre le luxe et le libertinage des femmes. Persuadé qu'en les empêchant de s'enrichir il atteindrait le mal dans sa source, il fit présenter la loi *Voconia* qui limitait les dispositions testamentaires permises en leur faveur. Ce célèbre plébiscite, rendu en 585 de Rome, décida que les femmes ne pourraient pas être instituées par un citoyen romain porté sur la première classe du cens, c'est-à-dire possédant plus de 100.000 as : « Mulier ab eo qui centum millia æris census est, per legem Voconiam institui non potest (1). » Empêcher les grandes fortunes de passer, par les femmes, dans des mains étrangères, arrêter la désorganisation politique de la famille en raffermissant la puissance maritale, tel était l'objet de la nouvelle loi ; mais le mal était trop profond, et la tentative réactionnaire de Caton fut impuissante à en arrêter les progrès.

Le sénatus-consulte Velléien fut la dernière mesure restrictive prise contre l'influence croissante de la femme. Antérieurement un édit du préteur avait défendu à la femme d'agir en justice pour le compte d'autrui ; puis on avait étendu la prohibition de telle sorte que le sénatus-consulte Velléien paraît n'en être que la consécration législative : « Ita jus ante dictum esse videtur. » Il généralisa les restrictions antérieures en frappant de nullité toutes les obligations que la femme pouvait contracter pour autrui, *intercedere pro alio*. Il lui interdit le cautionnement, parce qu'il considérait cet acte comme une intervention périlleuse dans les affaires d'autrui, comme un office civil que les femmes ne sauraient remplir sans sortir de leur

(1) Gaius. *Comment.*

rôle : « Cùm eas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit æquum. »

Ainsi que les institutions vieillies qui ne répondent plus aux tendances du siècle, la tutelle tomba d'elle-même, sans qu'il fût besoin de l'abroger législativement. Le premier coup lui fut porté par la loi *Julia Poppæa* par laquelle l'empereur Auguste, pour encourager et récompenser la fécondité des femmes, dispensa de la tutelle ordinaire toutes celles qui avaient trois enfants, de la tutelle légitime les ingénues mères de trois enfants, et les affranchies mères de quatre enfants. Puis, à la suite des modifications introduites par le préteur dans l'ordre des successions, les agnats ne succédant plus nécessairement à leurs pupilles, la tutelle ne fut plus désormais entre leurs mains qu'un pouvoir sans valeur et une vaine formalité. Vint ensuite un sénatus-consulte de l'empereur Claude qui abolit la tutelle des agnats sur les femmes, et ne laissa subsister que les tutelles des ascendants et des patrons.

Gaius, parlant des tutelles, admet celle des impubères comme naturelle et juste ; quant à la tutelle des femmes, il ne lui trouve aucune bonne raison d'être : « Feminas vero perfectæ ætatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur. »

On trouve encore la tutelle des femmes sous Dioclétien ; mais dès le IV^e^ siècle, c'est-à-dire au temps du triomphe du christianisme, il n'en est déjà plus question. Constantin l'abolit définitivement en 321, et reconnut aux femmes des droits égaux à ceux des hommes. Après cette époque, la femme n'a plus de tuteur que pendant sa minorité.

CHAPITRE V

VOIES DE CONTRAINTE CONTRE LES DÉBITEURS

§ I. Nexi

Effets du nexum sur la personne du débiteur. — La responsabilité corporelle des obligations est un principe admis par tous les peuples dont la civilisation n'a pas encore adouci les mœurs. Aussi Rome connut-elle, dès l'origine, l'esclavage de la dette. Dans les premiers temps de la République, le peuple était écrasé sous le poids des dettes. La condition des débiteurs était si misérable, que l'existence de l'Etat fut plus d'une fois mise en péril par les soulèvements populaires que provoqua l'implacable dureté des créanciers.

Le contrat de *nexum,* qui mettait à la discrétion des patriciens avides la liberté et le patrimoine des plébéiens, était devenu, entre les mains de la classe privilégiée, un instrument puissant de richesse et de domination. Aussi voyons-nous la plupart des séditions qui ont ensanglanté la ville de Rome surgir tout à coup, à l'occasion d'un malheureux débiteur accouru au forum, traînant encore sa chaîne, et offrant à la foule exaspérée la vue de son corps meurtri de coups par un créancier impitoyable.

Le *nexum,* chez les Romains, est le nom générique de tous les contrats dans lesquels intervenait l'emploi du cuivre et de la balance. Telle est l'acception primitive de ce mot ; et l'on appelait *nexi* ceux qui s'étaient engagés dans les formes solennelles de ce contrat. Ainsi le nom de *nexus* était donné au

débiteur qui s'était aliéné au créancier par l'airain et la balance, *per æs et libram* (1).

Dans le principe, l'application de ce contrat fut très générale à Rome ; elle s'étendit aux translations de propriété et aux obligations. « *Nexum* est, dit Festus, quodcumque per æs et » libram geritur, idque necti dicitur. Quo in genere sunt hæc : » testamenti factio, nexi dando, nexi liberanto (2). » Plus tard, le terme général de *nexum* désigna les dettes d'argent et fut spécialement appliqué au contrat par lequel un débiteur engageait ses services pour la sûreté de son obligation.

La condition juridique des *nexi* a donné lieu à de nombreuses controverses. La discussion approfondie des diverses opinions émises par de savants jurisconsultes n'entrant pas dans le cadre restreint de notre étude, nous nous contenterons d'envisager le *nexum* au point de vue spécial qui nous occupe, c'est-à-dire au point de vue des conséquences de ce contrat sur la liberté et les biens du débiteur.

Par quels moyens juridiques le débiteur tombait-il entre les mains de son créancier ? Il y en avait deux : le *nexum* et l'*addictio*, l'un entraînant la contrainte conventionnelle, l'autre la contrainte judiciaire.

Varron nous a laissé du *nexus* une définition remarquable de précision et de justesse, qui détermine très nettement les droits du créancier sur la personne du débiteur. « Liber qui suas » operas in servitutem pro pecunia quam debet dat dum solve- » ret, *nexus* vocatur, ut ab ære oberatus. » La loi des XII Tables consacre en termes énergiques la rigueur du lien qui résulte

---

(1) Le *nexum* n'était certes, dès le principe, autre chose que la mancipation du débiteur. C'est pour ce motif aussi que le *mancipium* et le *nexum* sont souvent employés l'un pour l'autre. Ainsi le *nexus* appréhendé au corps devient *mancipium*. (Maynez. *Cours de droit rom.*, 4e édit., t. 1.)

(2) P. Festi *De verborum significatione*. Lipsiæ, 1839.

de ce contrat : « Cùm nexum faciet, mancipiumque, ita jus » esto. »

Le *nexus* est un homme libre qui prend l'engagement de travailler pour son créancier jusqu'à complet acquittement de sa dette. D'après la définition de Varron, le débiteur n'engage pas sa liberté, car la liberté est inaliénable, nous dit le jurisconsulte Callistrate, « conventio privata neque servum quemquam, » neque libertum alicujus facere potest » ; mais il engage seulement son travail. Vis-à-vis de la société il conserve sa qualité d'homme libre ; il n'entre pas en esclave dans le domaine quiritaire du créancier, il est *in servitute*, mais sous la condition de se racheter. S'il se montre récalcitrant, s'il refuse de *dare operas* au créancier, celui-ci aura évidemment le droit de le contraindre par la violence, de l'enchaîner, de le jeter en prison *(vinctum aut clausum)*, mais non de le vendre, car le *nexus* ne doit que son travail.

L'homme libre de Varron, *qui suas operas in servitutem dat*, ne se rendait pas esclave dans le sens juridique de ce mot. Si, en fait, il est placé en servitude, c'est parce qu'il a promis son travail pour éteindre sa dette ; c'est une différence notable dont il convient de tenir compte. A cet égard, Paul distingue nettement la *justa servitus* du *servile ministerium* dont le débiteur était tenu envers le créancier, sans toutefois en être l'esclave. Ainsi donc, le texte de Varron doit s'entendre ainsi : « On appelle du nom de *nexus* le débiteur qui rend au créancier des services serviles, après l'échéance de la dette, pour un temps indéterminé jusqu'à l'extinction de la créance et en vertu d'une convention particulière. » Expliqué de la sorte, ce texte donne la clef de toutes les difficultés de la matière (1).

La condition juridique du *nexus* était-elle modifiée ? Les his-

---

(1) Ch. Giraud : *Des « nexi » ou de la condition des débiteurs chez les Romains.* Paris, 1847, in-4°.

toriens, d'accord avec les textes, nous apprennent qu'au point de vue politique, la personnalité du *nexus* ne subit aucune atteinte ; il conserve le droit de cité, peut voter dans les comices et servir dans les armées. Les patriciens avaient un double intérêt à leur maintenir le droit au service militaire : d'un côté, c'était pour eux un moyen d'éloigner de Rome des mécontents sans cesse en état de révolte ; d'autre part, ils leur faisaient faire la guerre à leur profit. Par cette double considération s'explique le cri de la plèbe soulevée contre Appius, déclarant au tribun que Rome n'aurait pas un soldat tant que la liberté ne serait pas rendue aux débiteurs ; car elle voulait bien se battre pour la patrie, mais non pour des maîtres : « Libertatem unicuique prius reddendam quam arma danda, » ut pro patria civibusque non pro dominis pugnent (1). »

Il importe de préciser les effets du *nexum* sur la liberté du débiteur, point qui a été vivement discuté et sur lequel l'accord n'est pas encore fait. Le *nexum*, avons-nous dit, est un contrat solennel et public, dont l'inexécution entraînait pour le débiteur les plus graves conséquences. Le profond respect des Romains pour la foi jurée justifie les rigueurs attachées à sa violation ; aussi les dettes d'argent ont-elles été, à Rome, l'objet d'une sanction particulièrement sévère.

Si le débiteur n'acquittait pas sa dette à l'échéance, le créancier avait sur lui un droit de main-mise personnel et direct, droit qu'il exerçait en dehors de toute intervention de l'autorité judiciaire. C'était une contrainte par corps résultant des clauses du contrat, laissée à l'arbitraire du créancier, qui la pratiquait non-seulement à titre de répression privée d'un délit, de vengeance personnelle, mais aussi et surtout comme compensation d'un préjudice causé par la mauvaise foi du débiteur ; car, outre le droit d'arrestation et de détention, *jus*

(1) Tite-Live, II, 28.

retinendi, il avait celui de le forcer au travail, d'exiger de lui des *operas serviles* jusqu'à l'extinction de la dette par le produit de ce travail. Le *nexum* avait donc pour conséquence une exécution sur la personne avec travail obligatoire, et une détention privée, souvent aggravée par la violence.

On a contesté au créancier impayé à l'échéance le droit de s'emparer, de son autorité privée, de la personne du débiteur, et l'on a soutenu qu'il devait s'adresser au magistrat pour se le faire adjuger (1). Les partisans de cette opinion, qui prétendent que le *nexus* n'était remis au créancier que sur une sentence du préteur, confondent évidemment le *nexus* avec l'*addictus*, la contrainte conventionnelle avec la contrainte judiciaire. Nous croyons plutôt que l'effet du *nexum* se produisait *de plano*, extrajudiciairement, après que le débiteur avait été mis en demeure par une sommation faite en présence des témoins du contrat. Dans le cas contraire, en effet, on peut se demander quelle eût été l'utilité du *nexum,* s'il eût fallu quand même recourir à la procédure ordinaire de la *manus injectio* pour en arriver à l'*addictio !*

Effets sur les biens. — C'est une question controversée de savoir si le *nexum* entraînait par lui-même l'exécution forcée sur les biens du débiteur. Problème difficile, qui a exercé jusqu'à nos jours la sagacité des plus éminents commentateurs. Résumons rapidement les opinions émises à ce sujet.

D'après les uns (2), la coexistence de la contrainte personnelle et de l'exécution forcée sur les biens se justifierait en attribuant au contrat de *nexum* les effets d'une véritable mancipation. Il en résulterait une *capitis deminutio* par suite de laquelle le débiteur deviendrait *alieni juris*, et tomberait, avec son patrimoine et sa famille, sous la puissance du créancier.

(1) Niebuhr, Zimmern, Bonjean.

(2) Zimmern, Bonjean.

Mais nous leur répondrons, avec Ulpien et Cicéron, que la mancipation ne s'applique qu'aux choses *mancipi*, que la mancipation d'une chose *nec mancipi* est dépourvue de tout effet juridique (1). Or, peut-on dire que le *nexus*, homme libre, ses biens et sa famille sont des *res mancipi ?* D'ailleurs, l'opinion qui considère les biens du débiteur comme l'accessoire de la personne, ne paraît pas pouvoir se concilier avec cette disposition de la Loi des XII Tables qui, après avoir déterminé le poids des chaînes dont on peut charger le débiteur, et fixé la quantité minimum de nourriture quotidienne, ajoute : « *si volet, suum vivito* ». Donc il pouvait vivre à ses propres dépens et, par suite, avoir encore des biens personnels, chose impossible s'il fût tombé *in mancipium* du créancier.

Dans une seconde opinion, M. Giraud veut bien que le *nexum* ne modifie pas l'état juridique du débiteur, mais il en vient quand même à l'exécution sur les biens, en soutenant que les effets du *nexum* n'embrassaient pas seulement la personne individuelle du *nexus,* mais le saisissaient comme *paterfamilias* dans toute son existence privée. « Par suite, tout ce qui était soumis au débiteur tombait par lui et avec lui dans la même condition, et notamment ses enfants *in potestate,* tout aussi bien que sa fortune (2) ». Malgré l'autorité de l'éminent jurisconsulte que nous venons de citer, nous ne saurions admettre cette conclusion, en désaccord manifeste avec la définition de Varron, qui nous dit nettement que le *nexus*, homme libre, n'engage que ses *operas in servitute ;* donc, sa personnalité juridique reste intacte.

Enfin, d'autres commentateurs, pour prouver que le *nexus* entraîne avec lui sa famille et ses biens, s'appuient notamment sur ce passage de Tite-Live : « Ne quis militis, donec in castris

---

(1) Ulpien, XIX, § 3. — Cicéron, *Top.*, 10.

(2) Ch. Giraud. *Op. cit.*

» esset, bona possideret aut venderet, liberos neptosve ejus » moraretur (1) ». Ils invoquent aussi le témoignage de Servilius, qui défendit aux créanciers, pendant la campagne contre les Volsques, de retenir en gage les enfants et les petits-enfants du débiteur. Niebuhr fait remarquer que cette extension des obligations du père aux enfants en puissance dut être la cause de nombreuses émancipations ; les débiteurs obérés émancipaient leurs enfants pour les soustraire au danger de partager leur servitude.

D'un autre côté, J. Tambour (2) admet bien le droit sur les enfants, mais il refuse au contrat tout effet sur les biens du *nexus*. Pour cet auteur, ce serait attribuer aux Romains, à l'époque qui nous occupe, la notion du gage, qu'ils n'avaient pas encore.

Dans cette diversité de systèmes, il est bien difficile de dégager une solution précise, absolue. Si nous nous en tenons simplement à la définition de Varron, nous ne voyons qu'une chose, c'est que le *nexum* n'avait d'effet que sur la personne physique du débiteur. Toutefois, ne pourrait-on pas admettre que l'engagement personnel était accompagné d'une aliénation fiduciaire du patrimoine ? Il est évident que l'emprunteur dénué de ressources, ne pouvait engager que sa personne ; mais, selon nous, rien n'empêchait celui qui possédait certains biens de les affecter, en même temps que sa personne, à la sûreté de son obligation, par un double contrat, celui de *nexum* et celui de *fiducie*. Au reste, il ne devait pas y avoir de règle fixe ; la portée du *nexum* était déterminée par la *nuncupatio ;* il était donc variable, suivant l'intention des parties.

---

(1) Tite-Live. *Hist.*, II, 24.

(2) J. Tambour. *Des voies d'exécution sur les biens des débiteurs.* Paris, 1856, in-8°.

Loi Pætilia. — On sait que les exigences usuraires des créanciers, jointes aux rigueurs de l'exécution corporelle, poussèrent le menu peuple à l'insurrection et mirent la République à deux doigts de sa perte.

La loi Pætilia vint donner satisfaction aux plaintes incessantes de la plèbe et mettre fin aux révoltants abus qu'entraînait l'engagement de la personne. Promulguée en 425 de Rome, d'après Tite-Live, et en 435 au dire de Varron (1), cette loi portait en substance que, désormais, les biens seuls devaient répondre des engagements du débiteur; c'était l'abolition de la responsabilité corporelle en matière de dettes : « Ne quis, nisi » qui noxam meruisset, donec pœnam lueret, in compedibus » aut nervo teneretur. Pecuniæ creditæ *bona creditoris non* » *corpus* obnoxium esse ». Et Tite-Live ajoute : « Ita necti » soluti cautumque in posterum ne necterentur.... Eo anno » plebi romanæ velut aliud initium libertatis factum est quod » necti desierunt ». En rapprochant du texte de l'historien ce passage de Varron : « hoc (nexum) Pætilio dictatore sublatum » est ne fieret, et omnes qui bonam copiam jurârunt ne essent » nexi dissoluti », il est aisé de déterminer la portée et les résultats de cette loi. D'abord, elle rendit la liberté aux *nexi*, ouvrant ainsi au peuple romain une ère nouvelle de liberté; ensuite, elle prohiba le *nexum* pour l'avenir. Cet acte législatif eut donc pour objet de défendre aux débiteurs l'engagement conditionnel de leur personne, et pour conséquence de supprimer les *operæ serviles* de Varron. La clause de *nuncupatio* portant sur les services, en cas de non-paiement, étant désormais interdite, il ne resta plus au créancier qu'une seule garantie, l'exécution forcée sur les biens. A la garantie personnelle la loi Pætilia substitua la garantie réelle. Par l'abolition du

(1) M. Accarias (*Op. cit.*, 4e édit., p. 684, n° 2) la place en 429 ou peut-être en 440.

nexum elle modifia et adoucit, dans une certaine mesure, la condition des *addicti ;* mais, ainsi que nous allons le voir, elle laissa subsister la contrainte judiciaire et le droit de tenir le débiteur en chartre privée.

§ II. Addicti

Les premiers Romains professaient un respect religieux pour le droit de propriété. Le patrimoine était un dépôt sacré entre les mains du citoyen, et rien ne pouvait l'en faire sortir sans sa volonté ; voilà pourquoi l'expropriation forcée fut inconnue dans le droit quiritaire. Aussi le créancier n'avait-il aucun droit réel contre un débiteur qui ne s'était pas engagé par le contrat de *nexum* Quelles étaient donc les voies d'exécution que la loi primitive accordait au créancier contre le débiteur insolvable ou de mauvaise foi ?

Il devait d'abord s'adresser au magistrat pour faire constater l'existence de la dette, en établir le chiffre et obtenir une condamnation au remboursement. Que si, ces formalités remplies, le débiteur ne s'acquittait pas au bout d'un certain laps de temps, le créancier pouvait user envers lui de contrainte physique, le ramener de force, per *manus injectionem* devant le juge qui, cette fois, prononçait l'*addictio*, entraînant pour le débiteur, après un nouveau délai, la perte de la liberté, du patrimoine et même de la vie. C'est ainsi que le créancier, qui n'avait point d'action directe sur les biens du condamné, pouvait les atteindre, par voie de conséquence, au moyen de l'action de la loi appelée *manus injectio*.

On compte cinq actions de la loi. Les trois premières, le *sacramentum*, la *judicis postulatio*, la *condictio*, sont des actions introductives d'instance, elles tendent à la constatation d'un droit ; c'est la procédure du vieux droit primitif. Les deux autres, la *manus injectio* et la *pignoris capio*, constituent plutôt des

voies d'exécution que des actions proprement dites, et supposent un droit certain ou reconnu pour tel.

La *pignoris capio* est l'acte par lequel un créancier saisit, à titre de gage, certains biens de son débiteur. Cette saisie était extra-judiciaire, *extra jus*, c'est-à-dire qu'elle pouvait s'opérer sans l'intervention du magistrat et même en l'absence du débiteur ; aussi n'avait-elle d'application que dans des cas exceptionnels, rigoureusement déterminés par la loi ou les coutumes.

Telle était la prédominance du droit de la force dans les mœurs primitives de Rome, que des lois nouvelles étendirent l'application de la *manus injectio* à des cas que la Loi des XII Tables n'avait point prévus : « Complures aliæ leges aliis causis talem actionem dederunt. » C'est ainsi que l'on distingua trois sortes de *manus injectio :*

1° La *manus injectio judicati*, celle que nous avons spécialement en vue dans cette partie de notre étude, était donnée au demandeur pour contraindre le débiteur condamné en justice ou qui avait fait l'aveu de sa dette (*in jure confessus pro judicato habetur*), à exécuter le jugement prononcé à sa charge ;

2° La *manus injectio pro judicato,* voie d'exécution accordée au créancier comme s'il y avait eu jugement. Ainsi que dans l'action précédente, le débiteur devait suivre le créancier ou lui fournir un *vindex*. Elles ne différaient entre elles que par la rédaction de la formule. Ici, au lieu de dire *quod tu mihi judicatus sive damnatus es*, le demandeur ajoutait à l'énoncé de la cause : *ob eam rem tibi pro judicato manum injicio*. Nous connaissons deux applications de cette voie de contrainte, celle de la loi Publilia, donnée au *sponsor* pour se faire rembourser dans les six mois les sommes avancées pour le cautionnement, celle de la loi Furia, accordée contre celui qui avait exigé d'un *sponsor* plus que sa part virile ;

3° La *manus injectio pura* s'exécutait sans considérer la chose

comme jugée. Dans cette action, le débiteur pouvait contester l'existence ou le quantum de la créance, et se dérober à la *manus injectio* sans avoir à fournir un *vindex ;* toutefois il encourait une condamnation au double, s'il venait à succomber. Elle était donnée par la loi Furia contre ceux qui, en dehors des cas prévus par la loi, recevaient plus de 1.000 as comme legs ou donation à cause de mort. Une disposition de la loi Marcia l'autorisa aussi contre les usuriers, à l'effet de répéter les intérêts illégalement perçus. Cette *manus injectio* est dite *pura*, parce que le créancier, après avoir énoncé la cause, dit simplement : *ob eam rem tibi manum injicio,* et n'ajoute pas *pro judicato*. Ici, le débiteur peut se défendre lui-même, tandis que le *judicatus* n'a d'autre ressource que de trouver un *vindex*.

La *manus injectio judicati*, le plus ancien procédé d'exécution usité chez les Quirites, s'appliquait directement à la personne de quiconque avait été condamné à payer une certaine somme, ou bien au débiteur ayant fait devant le magistrat l'aveu d'une dette portant sur une somme d'argent déterminée. Nous allons voir quelles étaient les formalités de cette procédure.

« Confessi igitur æris ac debiti judicatis triginta dies sunt » dati conquirendæ pecuniæ causa, quam dissolverent (1). » Le *judicatus* avait trente jours, à dater de la condamnation ou de l'aveu, pour se procurer les moyens de satisfaire son créancier. Ces trente jours étaient appelés *dies justi*, parce que, d'après Aulu-Gelle, ils constituaient une sorte de trève légale suspendant, jusqu'à son expiration, l'effet du jugement rendu (2). Bien que libre encore, le *judicatus* était en quelque sorte sous la dépendance de son créancier, puisque, nous dit Gaius, il pouvait être l'objet d'un vol.

Les trente jours expirés, le créancier impayé ramenait son

---

(1) Aulu-Gelle. *Noctes atticæ,* XX, 1.

(2) *Ibid.* Dies justos... velut quoddam justitium.

adversaire devant le magistrat : « *Post deinde manus injectio esto, in jus ducito* (1). » Là, le saisissant par quelque partie de son corps, il prononçait la formule suivante : « Quod tu mihi » judicatus, sive damnatus es, sestertium X millia quæ dolo » malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X millium » judicati manus injicio. » Le *judicatus* pouvait alors contester la validité du jugement et repousser la *manus injectio* s'il trouvait immédiatement un citoyen offrant une garantie suffisante, un *vindex* qui prît son fait et cause en plaidant en son propre nom. A défaut de répondant, il était, par décret du magistrat, adjugé (*addictus*) au créancier qui l'emmenait dans son propre domicile et le retenait prisonnier *in carcere privato*.

Quelle était, chez le créancier, la condition de l'*addictus ?* Nous venons d'assister à la première phase de ce drame juridique ; en voici le second acte.

La Loi des XII Tables permet au créancier d'enchaîner son débiteur ; elle fixe à 15 livres le poids maximum des chaînes dont il a le droit de le charger ; il fournira au prisonnier deux livres de farine par jour, ou le laissera vivre de ses propres ressources.

L'*addictus* est libre, en droit, comme le débiteur condamné ; mais, en fait, il est traité comme vivant en servitude, aussi bien dans ses rapports privés que dans ceux de la cité. S'il n'intervient pas de transaction, il reste 60 jours dans cette quasi-servitude : « Nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta (2). »

Retraçant le sombre tableau de la misère du peuple aux prises avec d'avides usuriers, Tite-Live nous apprend que chaque patricien avait dans son palais une prison particulière pour les débiteurs. Le décemvir Appius Claudius n'avait-il pas fait cons-

---

(1) L. des XII T., III, 2.

(2) Aulu-Gelle. *Op. cit.*, XX, 1.

truire une prison qu'il eut l'impudence d'appeler *le domicile de la plèbe* (1) !

Cependant, le dénouement fatal approche ; dans sa sollicitude, la loi cherche à le conjurer et permet au malheureux prisonnier de concevoir quelque espérance. A cet effet, elle exige que par trois jours de marché consécutifs, de neuvaine en neuvaine (*nundinæ*), l'insolvable soit conduit sur la place des Comices, et que là, soit pour solliciter les acheteurs, soit pour exciter la pitié de la famille ou des amis et provoquer sa libération, un héraut proclame à haute voix son état de *judicatus* et le montant de sa dette.

Si les 60 jours expirent sans paiement, c'en est fait du sort de l'*addictus :* la *capitis deminutio* est définitivement consommée, il y a dans Rome un citoyen de moins. Tombé par l'*addictio* dans le domaine quiritaire du créancier, sa liberté et sa vie sont livrées à la discrétion de ce dernier, qui peut le vendre au-delà du Tibre et même le mettre à mort : « Tertiis autem nundinis capite pœnas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant (2). » Que s'il y a concours de créanciers, ceux-ci ont le droit de se partager le corps du débiteur : « Tertiis nundinis partes secanto ; si plus minusve secuerint, ne fraude esto (3). »

Cette horrible sanction de la Loi des XII Tables a soulevé bien des controverses. Révoltés par ce partage du corps, partage aussi barbare qu'inutile, certains commentateurs ont pris le texte dans un sens figuré ; pour eux, c'est une *sectio* fictive au lieu d'une *sectio* matérielle, c'est le partage des biens du débiteur, plutôt que des lambeaux de son corps. Malheureuse-

---

(1) Et illi carcerem ædificatum esse, quod domicilium plebis vocare sit solitus. (Tite-Live, III, § 57).

(2) Aulu-Gelle. *Op. cit.*

(3) L. des XII T., III, 6.

ment pour la dignité de l'histoire romaine, il est impossible de voir dans ce passage un symbole juridique. Tel est le sentiment d'Aulu-Gelle, de Quintilien et de Tertullien, qui affirment que les anciens ont pris positivement à la lettre les termes de cette disposition barbare. Aulu-Gelle explique la rigueur de la loi par le respect religieux des Romains pour la foi jurée : « Eam capitis pœnam sanciendæ fidei gratia horrificam reddiderunt. » D'autres auteurs ajoutent que la *sectio corporis* ne fut qu'un moyen d'intimidation, qu'elle ne fut jamais pratiquée, ou qu'elle fut abrogée de très bonne heure.

En résumé, le patrimoine du débiteur, qui, dans toute bonne législation, doit être le gage direct des créanciers, n'était atteint, par la Loi des XII Tables, que d'une façon indirecte, après que le débiteur avait été frappé de mort civile ou de mort naturelle; si le but était légitime, les moyens étaient odieux et constituaient une grave atteinte à la liberté individuelle.

Après la disparition des actions de la loi, la vente et la mise à mort du débiteur cessèrent de bonne heure. Par une heureuse innovation, le préteur transporta sur les biens l'exécution pénale de la loi primitive. Sous Jules César ou sous Auguste, une loi Julia, dont la date est incertaine, introduisit la *bonorum cessio*, qui restreignit considérablement les cas d'incarcération. La cession de biens eut pour effet de soustraire le débiteur aux voies d'exécution corporelle ; de plus, la vente qui la suivait n'entraînait pas pour lui l'infamie. Ajoutons que le bénéfice de la cession de biens était refusé à quiconque avait commis des délits ou s'était rendu coupable de dol, « qui dolo fecerit ut bona ejus venirent ».

Ainsi les formalités de la *manus injectio* et les rigueurs de l'*addictio* ont disparu vers la fin de la République romaine. Maintenant, c'est le préteur qui, après un délai légal, rend *extra ordinem* une sorte de mandat d'arrêt (*duci jubere*) qui

permet au créancier de s'emparer de la personne du débiteur et de l'emmener chez lui pour le contraindre à acquitter sa dette par son travail ; mais celui-ci n'est pas esclave, ni de droit ni de fait. Néanmoins, malgré ces heureuses modifications, l'usage de la prison privée se maintint, dans la société romaine, jusqu'à la dernière période du droit ; de nombreux textes juridiques témoignent de sa longue continuité, et les édits prohibitifs des empereurs ne furent pas toujours observés. Les empereurs Dioclétien et Maximien proscrivirent la servitude des *addicti* dans la maison du créancier. Constantin parle d'une *custodia militaris* qui doit remplacer la contrainte par corps ; il défend aux magistrats de faire mettre en prison une *matrem-familias* poursuivie pour dettes ; on doit se contenter de faire vendre ses biens : « Quiconque contreviendra à ces dispositions et fera l'injure à une femme de l'incarcérer pour ce motif, sera puni d'une peine capitale. »

En Orient, Zénon prohiba les prisons privées, spécialement pour le diocèse d'Egypte, déclarant coupable de lèse-majesté quiconque aurait une prison privée soit à la ville, soit à la campagne. Il est fort probable que la constitution de cet empereur ne fut pas sérieusement observée, car Justinien dut la renouveler. Il étendit aussi les dispositions de l'édit de Constantin, et décida que nulle femme ne pourrait être emprisonnée pour dettes fiscales ou privées. Le soldat de la milice romaine fut également affranchi de la contrainte par corps.

Enfin une constitution grecque, contenue dans les Basiliques, interdit les prisons privées sur toute l'étendue de l'empire ; elle chargeait les évêques et les *præsides* de faire rigoureusement respecter cette prohibition. Le contrevenant était frappé de la peine du talion : il était condamné à passer dans une prison publique le même nombre de jours qu'il avait tenu son débiteur *in carcere privato*.

DROIT FRANÇAIS

DE L'INVIOLABILITÉ DU DOMICILE

DROIT FRANÇAIS

DE L'INVIOLABILITÉ DU DOMICILE

PREMIÈRE PARTIE

PRÉLIMINAIRES

Le principe qui déclare inviolable le domicile de tout citoyen remonte aux législations les plus anciennes. Toutefois, il est à remarquer que ce principe a tout d'abord affecté un caractère éminemment religieux, avant d'avoir ce caractère social que lui ont imprimé les progrès de la civilisation moderne. Chez les Romains, pour ne pas faire remonter plus haut l'historique de la question, le côté religieux du principe se révèle dans le profond respect que ce peuple professait pour les divinités du foyer. Dans l'intérieur des maisons, un autel était dressé aux dieux domestiques, aux dieux lares ; chaque domicile était une

chose sacrée, *res sacra*, que la loi primitive déclarait inviolable aussi bien que l'enceinte des temples. Nul n'a mieux que Cicéron, caractérisé cette conception toute particulière de l'inviolabilité du domicile : « Quid est sanctius, quid ommi religione munitius quam domus uniuscujusque civium ? Hic aræ sunt, hic foci, hic di penates, hic sacra, religiones, ceremoniæ continentur ; hoc perfugium est ita sanctum omnibus, ut inde abripi neminem fas sit (1). »

Dans sa maison, le Romain était, comme dans un temple, entouré de ses dieux protecteurs. Pouvait-on, sans impiété et sacrilège, violer une demeure ainsi envisagée ? A une époque où le sentiment religieux dominait tout, où l'homme vivait sous la crainte incessante d'encourir la colère divine, le respect du domicile, du sanctuaire domestique, ne devait-il pas s'imposer avec toute la force d'un dogme ?

Plus tard, le foyer privé fut protégé comme la personne elle-même, et le législateur assimila aux violences et aux coups toute infraction à cette règle protectrice. En effet, la loi Cornelia défendit expressément de s'introduire par violence dans le domicile d'un citoyen, et accorda une action criminelle dont l'exercice n'appartenait qu'à la partie lésée : « Lex Cornelia *De injuriis* competit ei qui injuriarum agere volet ob eam rem quod se pulsatum, verberatumve, *domumve suam introitum* esse dicat (2). »

Nous savons par les Institutes qu'il y avait violation de domi-

---

(1) Cicéron. *Pro domo*, C. 41.

(2) L. 5 Dig. *De injuriis et famosis libellis.*

cile si l'on pénétrait par la force ou la violence dans une maison qu'un citoyen habitait, soit comme propriétaire, soit comme locataire, soit même comme hôte : « Domum autem accipimus sive in propria domo quis habitat, sive in conducta, vel gratis sive hospitio receptus sit (1). » Ulpien ajoute que par le mot *domus* il ne faut pas entendre la construction elle-même, mais le domicile. On admettait même que l'introduction violente dans un jardin attenant à la maison tombait également sous le coup de la loi. La plupart des jurisconsultes décidèrent aussi qu'il n'était point permis d'arracher un citoyen de sa maison pour le traduire en justice : « Plerique putaverunt nullum de domo sua in jus vocari licere.... (2). »

Ainsi, dans le droit romain, le domicile doit être considéré comme un asile inviolable et sacré. Sous la protection de ses dieux domestiques, le citoyen est libre dans sa maison ; nul ne peut y pénétrer, nul ne peut l'en arracher.

---

(1) Instit. L. IV, § 8.
(2) L. 18 Dig. *De in jus vocando.*

CHAPITRE PREMIER

DROIT ANTÉRIEUR A 1789

Dans notre ancien droit criminel, la liberté du foyer ne fut pas mieux protégée que celle des citoyens, et le principe de l'inviolabilité du domicile fut pour ainsi dire méconnu.

Sous le régime féodal, triste période pour les libertés publiques, la force prime le droit et règne en souveraine ; les seigneurs se livrent à tous les excès du despotisme, la liberté individuelle n'existe qu'à leur profit, et le roturier, privé de toute garantie, est sans cesse exposé à voir son domicile envahi et livré au pillage. Quelle protection, en effet, les serfs et les vilains pouvaient-ils attendre des lois féodales, qui les considéraient *comme bestes en park, poissons en viviers et oiseaux en cage ?* (1)

Sous la monarchie, la liberté commence à se faire jour, grâce à l'adoucissement des mœurs et aux progrès de la civilisation ; le règne de la force brutale a fait place à un sentiment plus éclairé de la dignité humaine. Mais que d'abus, que d'excès de pouvoir ne découvre-t-on pas encore en parcourant l'histoire de cette longue période ! Cependant, frappés des souffrances du peuple, certains rois prennent en main la défense des opprimés et témoignent, dans leurs actes et ordonnances, la ferme volonté de défendre contre les oppresseurs les droits de leurs sujets. C'est alors que la question du domicile prend

(1) *Cartulaire de l'abbaye de Saint-Victor de Paris*, f° 47.

quelque importance ; elle est nettement spécifiée dans les chartes octroyées à certaines communes ; et quand les rois, dans leur absolutisme, oublient l'œuvre libérale de leurs prédécesseurs, les Parlements ne craignent pas de leur rappeler avec fermeté le respect dû au foyer des particuliers.

Nous allons suivre rapidement les diverses étapes qu'a parcourues, en France, la liberté du domicile, jusqu'à la Révolution, qui en a proclamé le principe.

La charte de confirmation des coutumes de Lorris en Gatinois (1), consacre en ces termes un des premiers principes de la liberté individuelle : « *Nullus eorum* (2) *captus teneatur, si plegium veniendi ad jus dare potuerit* (3). » Que nul ne soit retenu captif s'il peut donner caution de se représenter devant le juge. Cette formule est à peu près la même que celle de la loi anglaise, bien postérieure à la nôtre ; et pourtant, lorsqu'il s'agit de leur fameux acte d'*habeas corpus*, nos voisins s'attribuent hardiment la priorité de l'invention.

Une charte octroyée aux habitants de Saint-Quentin contient une disposition relative à l'inviolabilité du domicile pendant la nuit. « Tout bourgeois pourra être cité en justice où il sera rencontré, soit en jardin, soit en chambre, soit ailleurs, à toute heure du jour ; *mais il ne pourra être cité la nuit.* »

D'après certaines autres coutumes, un débiteur ne peut être arrêté non-seulement dans sa propre maison, mais même dans celle d'un tiers.

Nous trouvons une disposition des plus favorables à la

---

(1) Orléans, 1155.

(2) *Homines de Loriaco.*

(3) Les lettres originales sont de Louis-le-Gros ; elles furent brûlées dans l'incendie de Lorris. Dans le procès-verbal de leur rédaction, en 1531, elles sont qualifiées de « plus anciennes, fameuses et renommées coutumes qu'aucunes de France ».

liberté individuelle dans l'ordonnance de février 1327, rendue par le comte de Valois, régent du royaume, après la mort de Charles IV. L'art. 43 dispose que « le prévôt ou son lieutenant fera visitation des personnes qui auront été prins, *du jour au lendemain*, car le plus souvent *pauvres gens sont prins et emprisonnés pour légères causes*, desquelles ledit prévôt pourra tantôt faire délivrance suffisante, et, avec ce, sera plus remembrant de tous les faits des prisonniers ; et si ledit prévôt ne les pouvait par soi délivrer, l'on viendra tantôt à nos gens de parlement ou au président pour nous à Paris, pour en avoir délibération. »

Des prescriptions fort sages sont contenues dans les lettres de Charles VII (1) ; elles ont pour objet d'obvier aux *pilleries et vexations des gens de guerre :*

Art. 18. — « Ordonne le roi que chacun, capitaine ou lieutenant, sera tenu des excès, maux et outrages commis par ceux de sa compagnie. »

Art. 27. — « Et, en outre, le roi abandonne tout capitaine ou autres gens de guerre qui feront contre cette ordonnance ; et veut et ordonne que chacun, par voie de fait et assemblée de gens et force d'armes leur résiste, et donne le roi à un chacun congé, autorité et licence de ce faire. »

On ne saurait consacrer avec plus de précision et de netteté, le droit de résistance aux abus d'autorité. Dans la pensée du souverain, tout individu qui, à la faveur d'une charge ou d'une fonction publique, envahit la propriété ou la maison d'autrui, dans une intention criminelle, est comme un voleur ou un assassin qu'il est permis de repousser par la force, et même de tuer. « Et si, en aucune manière, aucun d'iceux délinquans au conflit ou en la prise, *était occis ou tué*, le roi veut et ordonne qu'on n'en puisse aucune chose demander à celui qui l'aura tué

(1) 2 novembre 1439.

ou occis ; et prohibe et défend le roi, aucune action en être intentée en jugement, *mais veut réputé à bien et dûment fait* (1)».

Le législateur se préoccupe de plus en plus de la question du domicile. Bientôt il établira une différence très marquée entre les personnes domiciliées et les vagabonds ; cette distinction marque un grand progrès et mérite d'être signalée.

L'art. 170 de l'ordonnance de Charles IX (1560) qui accorde aux prévôts des maréchaux (2) une certaine juridiction sur les voleurs et les vagabonds, enjoint à ces agents de renvoyer, sans délai, aux juges ordinaires *les personnes domiciliées,* à peine de tous dommages-intérêts.

Même prescription formulée dans l'art. 183 de l'ordonnance rendue par Louis XIII (janvier 1629) : « Les prévôts des camps et armées et de la suite de nos amés et féaux des maréchaux de France, ne peuvent décréter ni procéder criminellement contre les domiciliés. »

Enfin l'art. 19, tit. X, de la célèbre ordonnance de 1670 porte « qu'il ne sera décerné de prise de corps contre les domiciliés, si ce n'est pour crime qui doive être puni de peines afflictives ou infamantes ».

Ainsi, d'après ce dernier article, en dehors de certains cas limitativement désignés, tels que le délit flagrant, les délits commis par les domestiques, etc., le décret de prise de corps ne doit être décerné contre une personne domiciliée *qu'après information* et s'il existe des charges suffisantes (3).

Pouvait-on s'opposer par la force aux excès de pouvoir commis

---

(1) A coup sûr, ce n'est pas le souvenir de cette ordonnance, si libérale, qui a dû inspirer l'auteur de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII !

(2) La gendarmerie de ce temps-là.

(3) Muyart de Vouglans. *Instit. au droit criminel.*

par les agents de l'autorité? Les criminalistes les plus autorisés ont approuvé la résistance aux actes arbitraires. Voici, à ce sujet, l'avis du célèbre jurisconsulte Covarruvius : « Si satellites volunt aliquem capere injuste et indebite, is non solum resistere poterit ne capiatur, verum etiam dum sic eximere et evadere quærit, non resistere sed se defendere dicitur. » Jousse va même plus loin, car il estime qu'on doit prêter main forte au citoyen arrêté injustement. « Quand l'injustice est notoire, comme si des archers voulaient arrêter quelqu'un sans décret ni ordonnance de justice, *dans ce cas la résistance est permise*, non-seulement à celui qu'on veut arrêter, mais à toute autre personne pour le délivrer de l'injustice que l'on commet à son égard.»

Quoique l'inviolabilité du domicile ne fût pas textuellement formulée dans nos lois anciennes, les Cours souveraines s'efforcèrent, dans maintes circonstances, d'en faire respecter le principe. A ce propos, Denisart cite un arrêt de règlement du 19 décembre 1702, qui « défend d'arrêter aucunes personnes à heure indue, dans leurs maisons, pour dettes civiles, et de les arrêter de jour dans les maisons, aussi pour dettes civiles, sans permission du juge, sur telles peines qu'il appartiendra. »

Cet arrêt, qui n'autorisait l'arrestation des débiteurs que de jour et hors de leur maison, n'eut d'effet que dans le ressort du parlement de Paris, et fut aboli en 1772.

Nous trouvons dans le *Journal des Audiences* un arrêt de la Chambre de la Tournelle portant que « les commissaires du Châtelet ne pouvaient se transporter dans les maisons des particuliers pour y dresser des procès-verbaux et y recevoir des déclarations sans leur réquisition ou ordonnance de justice, si ce n'est dans les cas de flagrant délit ».

Voici l'affaire qui avait donné lieu à cet arrêt, bien digne de remarque pour l'époque où il a été rendu.

Une dame Goguet, se disant diffamée par un placet injurieux, demande une condamnation contre ses détracteurs, et se plaint également du commissaire Montcrif, qui a pénétré illégalement dans son domicile.

« La Cour . . . .

» Fait défense aux parties de Guillet, de Macé et à Nicolas Carré fils, de récidiver, ni plus user de telles voies ; les condamne à donner acte au greffe criminel de la Cour, à leurs dépens, à la partie Goguet qu'ils la reconnaissent pour fille de bien et d'honneur, et non entachée des injures et faits calomnieux mentionnés dans le placet contre elle donné au lieutenant-général de police, et dans les plaintes et déclarations contre elle rendues ; en outre les condamne . . . la partie de Macé, (le commissaire Montcrif) en 200 livres de dommages et intérêts . . . »

Dans son *Répertoire*, Merlin cite un arrêt de la grand'chambre du Parlement de Paris qui condamna à 20,000 livres de dommages-intérêts le lieutenant de police La Tour du Roch, pour avoir favorisé l'arrestation illégale d'une dame de Lancizé, avoir pénétré ensuite dans son domicile et saisi tous ses papiers.

Un autre arrêt du Parlement de Paris, rendu le 8 avril 1784, sur les conclusions de l'avocat général Séguier, déclare que le sieur Fontaine « n'avait pas à ordonner *à un domicilié, dans son propre domicile, de se constituer prisonnier ;* qu'il était également répréhensible d'avoir sollicité l'ordre du maire, et d'avoir fait faire des perquisitions chez un domicilié, par des archers de la ville, sans ordonnance de justice ; . . . qu'ainsi, c'était le cas de faire au lieutenant de maréchaussée des défenses de récidiver, de le condamner même à des dommages-intérêts . . . »

Ces citations suffisent amplement pour montrer que le Parlement ne craignit pas de sévir avec vigueur contre les excès

de pouvoir et les actes arbitraires. De tout temps il s'efforça de faire respecter le domicile, et il lutta même contre le bon vouloir des rois pour la cause du droit et de la justice ; mais plus d'une fois aussi il se trouva impuissant et désarmé en face d'une *lettre de cachet* signée du roi ou d'un ministre.

Que d'injustices, que de vengeances personnelles perpétrées à l'aide de ces lettres tristement célèbres ; « cette arme terrible de l'arbitraire », suivant l'énergique expression de Mirabeau (1) ! C'est au moyen d'une lettre de cachet que l'on pouvait enlever un citoyen de son domicile pour y faire des perquisitions, saisir des papiers, surprendre les secrets de famille. C'est encore avec une lettre de cachet qu'il était permis d'exiler une personne, sous le coup de poursuites judiciaires, afin de la soustraire à la juridiction d'un Parlement. C'est ainsi que la justice, l'honneur et la liberté de chacun étaient à la discrétion du pouvoir exécutif, et la raison d'Etat couvrait de pareilles illégalités !

Le cardinal de Richelieu eut souvent recours à ces odieuses lettres pour assouvir ses haines implacables. « Je ne les établirais pas, disait Louis XIV, mais on en a usé dans tous les temps, et j'en userai (2). » Sous Louis XV, on dépassa toutes les bornes ; on en vint jusqu'à battre monnaie, trafiquer de ces ordres arbitraires, et l'on vit, chose incroyable ! un mari et sa femme obtenir, chacun de son côté, une lettre de cachet pour se débarrasser de son conjoint.

Cet abus révoltant finit par soulever l'indignation publique.

---

(1) La lettre de cachet était un ordre du roi, contre-signé par un secrétaire d'Etat, scellé du cachet royal et conçu en ces termes : « Monsieur un tel, je vous fais cette lettre pour vous dire que ma volonté est que vous fassiez telle chose ; si n'y faites faute. Sur ce, je prie Dieu qu'il vous ait en sa sainte et digne garde. »

(2) Lettre de Madame de Maintenon au cardinal de Noailles.

Le 14 août 1770, Malesherbes, se faisant l'écho des plaintes universelles contre la coupable complaisance des ministres, fit entendre au roi ces nobles et fermes paroles : « Aucun citoyen, dans notre royaume, n'est assuré de ne pas voir sa liberté sacrifiée à une vengeance, car personne n'est assez grand pour être à l'abri de la haine d'un ministre, ni assez petit pour n'être pas digne de celle d'un commis des fermes. Un jour viendra, Sire, que la multiplicité des abus déterminera Votre Majesté à proscrire un usage si contraire à la constitution de votre royaume et à la liberté dont vos sujets ont droit de jouir. »

La Cour des Aides n'était pas moins énergique dans les remontrances qu'elle adressait à Louis XV, en cette même année 1770. « On réservait autrefois les ordres suprêmes délivrés par Votre Majesté, pour les affaires d'Etat, et c'est alors, Sire, que la justice a dû respecter le secret de votre administration. On en a donné ensuite dans quelques circonstances qui ont paru intéressantes, comme celles où le souverain est touché des larmes d'une famille qui craint le déshonneur. Aujourd'hui, sans discuter tous les différents motifs, il est notoire qu'on les fait intervenir dans toutes les affaires qui intéressent les particuliers un peu connus, sans qu'elles aient aucun rapport ni à Votre Majesté personnellement, ni à l'ordre public. »

L'usage des lettres de cachet alla en décroissant sous le règne de Louis XVI ; mais l'irritation profonde soulevée par les actes de despotisme qu'elles avaient facilités si longtemps, ne fut pas une des moindres causes qui précipitèrent la chute de la royauté.

Bien d'autres abus s'étalaient au grand jour sous la monarchie. Rien n'est plus instructif, à cet égard, que les cahiers des Etats-Généraux. S'ils sont unanimes à réclamer l'abolition des lettres de cachet, ils ne se trouvent pas moins d'accord sur le terrain des libertés publiques, pour lesquelles ils

formulent les mêmes revendications ; ils s'élèvent tous avec une égale énergie contre les atteintes à la liberté des citoyens et au respect du domicile. Les arrestations illégales, la violation du secret des lettres, les vexations odieuses auxquelles se livraient impunément les agents du fisc et les garde-chasse, en un mot tous les excès de pouvoir, quelle qu'en soit la nature, trouvent une large place dans ce concert de doléances.

On ne doit pas arrêter à la légère et sans les formalités légales, une personne connue et domiciliée. C'est dans cet ordre d'idées que Lyon se plaint de l'abus des décrets de prise de corps : « On a arrêté des citoyens domiciliés, sans information préalable. » La noblesse d'Auxerre demande que personne ne puisse être arrêté que par ordre du juge. « Tout homme accusé d'un délit, dit le Tiers de Nemours, a droit de n'être pas emprisonné, à moins d'avoir été convaincu. »

Les villes d'Autun et d'Auxerre exigent que tout individu arrêté soit interrogé par le juge dans les 24 heures, et relâché si les charges ne sont pas sérieuses, sauf lorsque l'accusation expose à des peines corporelles, à des peines afflictives, ou porte sur des crimes capitaux. Les trois Ordres de Langres se plaignent que « le bailli de la plus simple seigneurie a le droit d'attenter juridiquement à la liberté des citoyens ».

La violation du secret des lettres confiées à la poste est un des faits que l'on redoute le plus de la part des chefs et des membres de l'Administration. Il est certain que l'on interceptait les lettres des citoyens non-seulement pour des motifs d'ordre politique, mais encore pour les employer en justice. L'instruction criminelle ne craignait pas de recourir à cette voie odieuse : les lettres interceptées étaient déposées au greffe et annexées au registre des délibérations secrètes. Les réclamations abondent à ce sujet. En signalant un pareil abus, qui compromet la sûreté et la fortune des citoyens, le Tiers d'Auch

exige qu'il soit réprimé en faisant le procès aux coupables, conformément à la rigueur des lois. « Chacun, dit M. d'Autun, a le droit naturel de confier sa pensée. Toute violation du secret à la poste sera sévèrement proscrite. » On sait que quelques années auparavant, Louis XVI avait tenté de porter remède à cette situation. En effet, un arrêt du Conseil, en date du 18 août 1775, porte ces considérants, qui sont tout à fait dignes de remarque : « Considérant encore, Sa Majesté, que les lettres interceptées ne peuvent jamais devenir la matière d'une délibération, *que tous les principes mettent la correspondance secrète des citoyens au nombre des choses sacrées dont les Tribunaux, comme les particuliers, doivent détourner les regards. . .*» Belles et nobles paroles qui, malheureusement, n'arrêtèrent pas le fonctionnement du fameux *Cabinet noir ;* les abus persistèrent aussi bien pendant la Révolution que sous les régimes qui lui ont succédé.

Nous savons combien le droit de chasse du roi (1) et des seigneurs pesait lourdement sur les populations, et avec quelle dureté on punissait le moindre délit de braconnage. Sur un simple soupçon et sans aucune formalité, les gardes pouvaient pénétrer dans le domicile des particuliers pour y faire la recherche du gibier ou des engins de chasse. Dans les cahiers des Etats-Généraux, on redoute à l'égal du roi et des ministres les gouverneurs de province et les commandants de place, et on juge nécessaire de leur interdire les arrestations arbitraires. « Le pouvoir que les gouverneurs s'attribuent de faire arrêter un citoyen suspecté de braconnage est un abus révoltant d'autorité. » Interprètes des plaintes auxquelles donnent lieu les garde-chasse, les cahiers du Tiers trouvent que « leur

---

(1) On appelait *Plaisirs du roi* toute l'étendue de territoire réservée à la chasse royale.

nombre est excessif, que les abus sans nombre qu'ils commettent soulèvent la réprobation générale ». Le Tiers de Mantes exige que les garde-chasse ne puissent être armés que conformément à l'Ordonnance des eaux et forêts, et qu'il leur soit défendu de s'introduire dans le clos ou dans le domicile d'un citoyen sous le prétexte de suivre le gibier ou d'en rechercher les œufs.

Que de plaintes encore, et des plus justifiées, contre les agents du fisc ! Nul n'ignore les abus, les procédés vexatoires dont les populations ont souffert de tout temps de la part de ces trop zélés fonctionnaires. On dirait qu'ils se sont toujours appliqués à rendre odieuse la mission dont ils sont investis. Le respect du domicile n'existait pas pour les contrôleurs de la gabelle et de l'exercice ; à toute heure du jour et de la nuit, ils pénétraient dans les maisons pour s'y livrer à des perquisitions tracassières.

La ville de Valenciennes proteste vivement contre de pareils abus ; elle veut que le droit de perquisition soit limité, « que les visites domiciliaires ne puissent avoir lieu sur une simple présomption de fraude. » De son côté, que demande le Tiers de Melun ? « Qu'il soit statué qu'il ne pourra être fait aucune perquisition dans le domicile d'un citoyen, soit par les agents du fisc, soit pour toute autre cause, sinon par ordonnance de justice rendue en connaissance de cause, et même en présence du juge ordinaire, si sa présence est requise par le citoyen chez lequel on voudra entrer. »

Nous pourrions multiplier les citations ; mais ne sommes-nous pas déjà assez édifiés sur le peu de cas que l'on faisait autrefois de la liberté du domicile, et ces quelques exemples ne démontrent-ils pas amplement combien le besoin de réformes se faisait sentir vers la fin du dernier siècle ? D'un bout de la France à l'autre, on protestait contre un état de choses

désormais incompatible avec les progrès du temps. Les doctrines des philosophes, les théories politiques des publicistes avaient lentement préparé le terrain d'une évolution sociale qui s'imposait alors aux esprits les moins clairvoyants. Il fallait affranchir l'homme d'un état de sujétion contraire à la loi naturelle ; il fallait affirmer ses droits civils et politiques jusque-là méconnus et foulés aux pieds, il fallait enfin lui accorder cette liberté nécessaire, sans laquelle il n'y a ni vraie société, ni progrès.

Ce fut l'œuvre de la Révolution. Malheureusement, celle-ci dépassa le but, ainsi qu'il arrive toujours aux époques de crise et de réaction violente ; elle trouva comble la mesure du despotisme et des maux qu'il entraîne, et, dans sa passion à faire table rase des institutions monarchiques, elle voulut triompher de tous les obstacles, briser toutes les résistances, violant aveuglément, dans la pratique, ces principes d'égalité, de justice et de liberté qu'elle venait de proclamer.

Sans doute, l'Etat fut près de sombrer ; plus d'une fois, la situation désespérée de la France commanda les mesures les plus promptes, les plus énergiques ; il n'en faut pas moins déplorer les violences et les abus de pouvoir, quels qu'en soient les mobiles : le droit est immuable, inflexible et ne saurait s'accommoder aux circonstances ; rien ne peut excuser l'injustice, fût-elle commise au nom du salut public !

CHAPITRE II

DROIT INTERMÉDIAIRE

L'acte célèbre de l'Assemblée Nationale, connu sous le nom de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, est le premier monument législatif qui proclame le principe de la liberté individuelle: « Les hommes naissent libres et égaux en droits (art. 1^er^). » L'inviolabilité du domicile n'est pas expressément énoncée dans la Déclaration, mais elle se dégage naturellement des principes qu'elle formule ; elle est virtuellement comprise dans les droits garantis qui tiennent à la liberté et à la sûreté de la personne. C'est à la Constitution de 1791 que revient l'honneur de l'avoir consacrée définitivement.

Nous allons examiner, en suivant l'ordre chronologique, les diverses dispositions législatives qui intéressent particulièrement l'inviolabilité du domicile, et les graves atteintes que le principe a subies durant cette courte période.

Dans la séance du 20 avril 1790, l'Assemblée Nationale, après avoir entendu son comité des rapports, déclare que « tout citoyen qui n'est prévenu d'aucun délit, doit jouir tranquillement de sa liberté et de son état, et être en sûreté sous la sauvegarde de la loi. » Le 31 mai de la même année, paraît un nouveau décret portant « qu'aucun citoyen ne peut être arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et suivant les formes qu'elle a prescrites. »

Aux termes d'un décret du 16 février 1791 (1) relatif à l'or-

(1) Tit. VII, art. 5.

ganisation de la gendarmerie, celle-ci « ne pourra jamais saisir un citoyen dans sa propre maison, si ce n'est en vertu d'un mandement de justice ; auquel cas elle accompagnera, si elle en est requise, l'huissier porteur de cette ordonnance, à peine, en cas de contravention au présent article et au précédent, de prison pour la première fois contre le chef de brigade, et de destitution pour la seconde, sans préjudice des dommages-intérêts. »

En réglant l'action de la force publique destinée à la police, les dispositions de ce décret ont pour but de concilier, dans la pratique, ces deux nécessités de l'ordre social, la sûreté et la liberté individuelles (1).

Les Constituants s'efforcent d'entourer les citoyens de toutes les garanties possibles contre l'arbitraire et les violences des agents de la force publique. Tel est l'objet d'un autre décret du 22 juin 1791, qui, en autorisant la gendarmerie nationale à visiter les auberges ou cabarets et autres maisons ouvertes ordinairement au public, pour y opérer la recherche des personnes suspectes, fait les plus expresses réserves en ce qui concerne les maisons particulières : « elles ne pourront se faire qu'à la réquisition des officiers de police ou de justice, ou à celle des propriétaires, locataires et fermiers des dites maisons. »

Le décret du 19 juillet 1791 relatif à l'organisation d'une police municipale et correctionnelle, vient confirmer d'une manière encore plus explicite le principe de l'inviolabilité du domicile : « Nul officier municipal, commissaire ou officier de police municipale, ne pourra entrer dans les maisons des citoyens, si ce n'est pour la confection des états ordonnés par les art. 1, 2 et 3, et la vérification des registres des logeurs, pour l'exécution des lois sur les contributions directes, ou en vertu

---

(1) Duvergier. *Collection complète des lois*, t. II. Paris, 1884, in-8°.

des ordonnances, contraintes et jugements dont ils seront porteurs, ou enfin sur le cri des citoyens invoquant de l'intérieur d'une maison le secours de la force publique. (1) » Dans l'intérêt de l'ordre public, les art. 8, 9 et 10 du même décret autorisent les visites dans les lieux où tout le monde est admis indistinctement. L'art. 11 dispose que, hors les cas mentionnés aux trois art. précédents, les officiers de police qui, sans autorisation spéciale de justice ou de la police de sûreté, feront les visites ou recherches dans les maisons des citoyens, seront condamnés par le Tribunal de police, et en cas d'appel, par celui du district, à des dommages-intérêts qui ne pourront être au-dessous de 100 livres, sans préjudice des peines prononcées par la loi dans les cas de voies de fait, de violences et autres délits. »

Le décret du 16-29 septembre 1791, concernant la police de sûreté, n'est pas moins formel dans l'art. 8 du Titre II : «Aucun dépositaire de la force publique ne pourra entrer de force dans la maison d'un citoyen, sans un mandat de police ou ordonnance de justice. »

Voilà l'inviolabilité du domicile bien formellement reconnue et consacrée par les textes législatifs. Il semble que le citoyen, désormais à l'abri de l'arbitraire, vivra en paix et en toute sûreté sous son toit protégé par la loi. Oui, il en fut ainsi tant que dura l'Assemblée Nationale ; mais les assemblées qui suivirent ne respectèrent pas toujours l'œuvre libérale de leur devancière : les actes furent souvent en contradiction flagrante avec les principes. L'opposition aveugle de la contre-révolution, les complots ourdis contre le triomphe des idées nouvelles, la lutte ardente des partis, acharnés à se supplanter au pouvoir, provoquèrent le détestable régime de l'anarchie et de la ter-

(1) Tit. 1er, art. 8.

reur. Au cours de cette triste période, le foyer n'est plus respecté, l'illégalité et la violence se couvrent de la raison d'Etat. C'est ainsi que le décret du 10-12 août 1792 prescrit des visites domiciliaires pour la recherche des armes et des munitions de guerre. Le salut de la patrie exige impérieusement que les citoyens soient armés, les maisons suspectes doivent être visitées. Un second décret ordonne des visites domiciliaires dans toutes les communes de France pour constater la quantité des munitions et le nombre des armes, charrettes et chariots qui se trouveront chez les citoyens.

Les perquisitions décrétées commencèrent dès le 27 août et furent opérées de la façon la plus odieuse et la plus vexatoire. « Des commissaires de la Commune, assistés de la force armée, avaient mission de faire les visites ; ils devaient s'emparer des armes qu'ils trouveraient, et pouvaient arrêter les personnes qui leur paraîtraient suspectes (1). C'était le retour aux abus de l'ancien régime, mais aggravés par une apparence de légalité qui les rendait encore plus intolérables. On vit alors d'audacieux malfaiteurs, profitant de la perturbation générale, revêtir les insignes de la force publique pour faciliter l'exécution de leurs projets criminels.

L'Assemblée sentit la nécessité de régulariser ces visites et de rassurer les populations contre les attentats des faux agents de l'autorité ; il fallait que les citoyens connussent les pouvoirs et le caractère de ceux qui se présentaient comme officiers publics pour faire des perquisitions dans les maisons. De là le décret du 15-16 septembre qui punit de deux années de fers tout individu qui sera trouvé revêtu d'un insigne que la loi ne l'a point autorisé à porter ; et si le même individu est convaincu d'avoir fait des actes d'autorité que l'officier public a seul le droit de faire, il sera puni de mort. Pour assurer la

(1) Thiers. *Histoire de la Révolution.*

tranquillité des citoyens, le même décret exige « que les commissaires de municipalité chargés de faire des visites, perquisitions ou actes d'autorité publique dans les maisons, seront munis de deux expéditions de l'acte qui constitue leur pouvoir spécial, et tenus d'en remettre une au citoyen chez lequel ils feront lesdites visites ou perquisitions ». L'art. 5 dispose que lorsque les visites se feront en exécution d'une loi particulière, d'une délibération légale dans toute l'étendue de la commune, « les commissaires seront tenus d'exhiber leurs pouvoirs et de les faire connaître aux citoyens qui les demanderont. »

Mais ces garanties de la sûreté individuelle vont encore disparaître dans la tourmente politique : nous voici parvenus aux plus sombres jours de la période révolutionnaire.

Le 17 septembre 1793, le terrible décret connu sous le nom de *Loi des suspects* ordonne l'arrestation immédiate de tous les gens suspects qui se trouvent sur le territoire de la République. La loi énumère les diverses catégories de personnes réputées suspectes. Mais combien son interprétation est élastique et se prête à l'assouvissement des vengeances particulières ! Un second décret (17 sept. 1793) étend aux prêtres sujets à la déportation toutes les dispositions décrétées contre les émigrés. Et des mesures aussi attentatoires aux principes sacrés de justice et de liberté étaient décrétées par les mêmes hommes qui, trois mois auparavant, avaient écrit que « la loi doit protéger la liberté publique et individuelle contre l'oppression de ceux qui nous gouvernent ! » Mais poursuivons ; ces actes en préludent d'autres encore plus violents. Le 19 vendémiaire an II, la Convention suspend l'exécution de la Constitution qui venait d'être votée, et maintient la dictature jusqu'à la paix. « La dictature, dit le Rapport de Saint-Just, est nécessaire pour anéantir la minorité monarchiste. » C'était la négation absolue des grands principes de 1789, qui assurent au

citoyen la jouissance de ses droits naturels, tant politiques que civils.

La Convention aggrave la loi dite des suspects en rapportant le décret de l'Assemblée législative qui, sous réserve de certaines exceptions, avait prohibé les visites domiciliaires pendant la nuit; enfin elle couronne son œuvre de violence et d'arbitraire par la loi du 22 prairial an II sur l'organisation du Tribunal révolutionnaire, dont l'histoire a justement flétri les odieux excès. « Dès cet instant, dit Thiers, chaque citoyen poursuivi fut menacé à toute heure et n'eut plus un moment de repos. En s'enfermant pendant le jour dans des cages ingénieuses et très étroites que le besoin avait fait imaginer, les suspects avaient du moins la faculté de respirer pendant la nuit ; maintenant ils ne le pouvaient plus, et les arrestations, multipliées jour et nuit, remplirent bientôt toutes les prisons de France. »

C'en était fait de la liberté, si la journée du 9 thermidor n'était venue mettre un terme à tant d'iniquités. Heureusement la mort de Robespierre fit cesser l'arbitraire, au moins pour quelque temps (1).

Un décret du 18 thermidor an II fit remettre en liberté tous les citoyens détenus comme suspects pour des motifs qui n'étaient pas désignés par la loi du 17 septembre 1793. L'art. 2 prescrivait à tous les comités de surveillance ou révolutionnaires de la République de donner aux détenus, ou à leurs parents ou amis, copie des motifs de leur arrestation.

---

(1) « Si l'on pouvait analyser froidement les temps épouvantables auxquels le 9 thermidor a mis si tard un terme, on verrait que la Terreur n'était que l'arbitraire poussé à l'extrême.... L'arbitraire, combattant pour l'arbitraire, écraser tout obstacle, produire en un mot, ce qu'était la Terreur. » (Benj. Constant. *Cours de Politique constitutionnelle,* 2e édit., p. 120).

Nous arrivons à la Constitution du 5 fructidor an III, qui contient des dispositions relatives aux arrestations et rend le domicile inaccessible pendant la nuit, malgré les ordonnances des magistrats.

En outre, il est interdit à ces derniers d'opérer aucune visite domiciliaire ni de jour ni de nuit, sauf dans les cas déterminés par la loi. C'est dans ces termes que l'art 359 consacre le principe de l'inviolabilité du domicile:

« La maison de chaque citoyen est un asile inviolable : pendant la nuit, nul n'a le droit d'y pénétrer que dans les cas d'incendie, d'inondation ou de réclamation venant de l'intérieur de la maison ;

« Pendant le jour, on peut y exécuter les ordres des autorités constituées. Aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi et pour la personne ou l'objet expressément désignés dans l'acte qui ordonne la visite. »

Le Code du 3 brumaire an IV, reproduisant les mêmes dispositions, ajoute cette dernière (art. 208) : « S'il paraît utile à la recherche de la vérité de procéder à une ou plusieurs visites domiciliaires, le juge de paix rend à cet effet une ordonnance dans laquelle il énonce expressément les personnes et les objets qui donnent lieu à ces visites. »

Telle était la loi : mais ses dispositions protectrices devaient bientôt subir les plus graves atteintes. La Constitution de l'an III avait bien prohibé les visites domiciliaires pendant la nuit, mais on ne tarda pas à les voir se multiplier pendant le jour, au gré d'une administration soupçonneuse et tracassière. Une loi du 25 fructidor an IV les autorisa, pour un motif quelconque, dans les départements de la Seine, de Seine-et-Oise et de Seine-et-Marne.

L'arbitraire n'avait pas encore dit son dernier mot, il était même devenu l'instrument obligé des gouvernants : on voit

combien étaient profondes les traces laissées par le régime de la Terreur.

En effet, si la loi du 14 fructidor an V abrogea les décrets de la Convention nationale, ainsi que les arrêtés des représentants du peuple qui avaient prononcé la mise hors la loi des citoyens, par contre un décret du 18 messidor an VI ordonna des visites domiciliaires dans toute l'étendue du territoire français pour opérer l'arrestation des agents de l'Angleterre et des émigrés rentrés en France. C'est alors que, sous une forme nouvelle, la célèbre loi des suspects fut rééditée par la loi du 24 messidor an VII, qu'on a appelée *Loi des otages*.

Une agitation profonde régnait dans la plupart des communes du Midi, et surtout dans les départements de l'Ouest, théâtre de l'ancienne guerre civile. On arrêtait les diligences, on pillait et on incendiait les maisons, on assassinait les fonctionnaires et les acquéreurs de biens nationaux. Pour mettre un terme à ces désordres, le Directoire s'arma d'une loi révolutionnaire qui rendit responsables de tous les brigandages commis les ci-devant nobles et les membres de leur famille. Aux termes de l'art. 2, cette responsabilité terrible pesait « sur les parents d'émigrés, leurs alliés et les ci-devant nobles, les aïeules et aïeuls, pères et mères des individus qui, sans être ex-nobles ni parents d'émigrés, sont néanmoins notoirement connus pour faire partie des rassemblements ou bandes d'assassins ». En cas d'assassinat, dit l'art. 9, quatre des individus désignés dans l'art. 2, en commençant par les parents nobles d'émigrés, seront déportés hors du territoire de la République.

Citons, en terminant, la loi du 26 thermidor an VII, qui autorise pendant un mois des visites domiciliaires pour « l'arrestation des embaucheurs, des émigrés rentrés, des égorgeurs et des brigands ».

Nous voici arrivés à la Constitution du 22 frimaire an VIII, dont l'art. 76 reproduit dans les termes suivants l'art. 131 de la loi du 28 germinal an VI sur l'organisation de la gendarmerie nationale :

« La maison de toute personne habitant le territoire français est un asile inviolable. Pendant la nuit, nul n'a le droit d'y entrer que dans le cas d'incendie, d'inondation ou de réclamation venant de l'intérieur de la maison. Pendant le jour, on peut y exécuter les ordres des autorités constituées. »

Cependant la Constitution de l'an VIII contenait certaines dispositions qui laissaient encore la porte ouverte aux abus de pouvoir. Citons seulement son art. 75, qui défendait de poursuivre, sans autorisation préalable du Conseil d'État, les agents du gouvernement à l'occasion de leurs fonctions. Conçu dans le but de consacrer le principe de la séparation des pouvoirs judiciaire et administratif, et de protéger les fonctionnaires contre des animosités privées ou l'esprit de parti, cet art. 75 interdisait aux Tribunaux d'apprécier, sans autorisation préalable, les actes et la conduite des agents du gouvernement, et réservait cette appréciation au Conseil d'État. Or les membres de cette haute juridiction administrative étaient révocables ; ils ne pouvaient donc pas avoir toute l'impartialité et la fermeté que donne le sentiment de l'indépendance. C'est ainsi que le Gouvernement, à la fois juge et partie, n'a que trop souvent assuré l'impunité des fautes commises par ses agents, en suspendant à leur profit le cours régulier de la justice (1).

Les chartes de 1814 et 1830 ayant remplacé la Constitution

---

(1) Ce fameux art. 75, qui a eu la singulière fortune de vivre si longtemps dans nos Codes, fut enfin abrogé par le décret du 19 sept. 1870, un des actes de la Défense nationale que l'opinion publique accueillit avec le plus de faveur.

consulaire et impériale sans reproduire les dispositions de l'art. 76 de la Constitution de l'an VIII, le principe de l'inviolabilité du domicile fut considéré comme entré dans notre droit public et sanctionné par le Code pénal.

La Constitution de 1848 a exposé de nouveau le principe dans les termes ci-après : « La demeure de toute personne habitant le territoire français est inviolable ; — il n'est permis d'y pénétrer que selon les formes et dans les cas prévus par la loi. »

Enfin la Constitution de 1852 ne rappelle le principe que par sa disposition générale (Tit. VIII, art. 1[er]) conçue en ces termes : « La Constitution reconnaît, consacre et garantit les grands principes consacrés en 1789, et qui sont la base du droit public des Français. »

DEUXIÈME PARTIE

LÉGISLATION ACTUELLE

PRINCIPES GÉNÉRAUX

La vie privée doit être murée, a dit Royer-Collard. La liberté du domicile touche de si près à la liberté du citoyen, que les jurisconsultes ont, de tout temps, assimilé aux attentats contre la liberté individuelle tout envahissement, toute pénétration illégale des agents du pouvoir dans le foyer domestique. Ainsi l'inviolabilité du citoyen a pour corollaire l'inviolabilité de sa demeure. En effet, notre liberté serait-elle entière si notre domicile n'était pas respecté à l'égal de notre personne, si les agents de l'autorité pouvaient se livrer impunément à des perquisitions arbitraires et violer le secret de notre intimité ? « La maison de tout citoyen est une forteresse où nulle puissance ne peut pénétrer. L'homme le plus pauvre défie, dans sa chaumière, toutes les forces de la Couronne. » C'est par ces nobles paroles, d'où se dégage un sentiment élevé de la dignité humaine, que lord Chatam proclamait cette vérité, affirmée par tous les jurisconsultes, que la demeure du citoyen est un asile inviolable.

De nos jours, ce principe est universellement reconnu et appliqué par les législations, qui ne diffèrent entre elles que dans les détails de réglementation. Toutes ont érigé en délit spécial le fait de s'introduire dans un domicile privé contre le gré de celui qui l'habite. Mais quels sont les caractères de ce

délit particulier, prévu et puni par les Codes nouveaux ? Tantôt, le plus souvent même, il sera l'œuvre d'un agent de l'autorité qui commettra un abus de pouvoir, ou bien il émanera d'un simple particulier qui usera de menaces ou de voies de fait : abus d'autorité d'une part et violences de l'autre, telles sont les deux sortes d'incriminations prévues par la législation pénale.

Toutefois le principe de l'inviolabilité du domicile n'est pas absolu, et, comme la plupart des principes, il perd, dans certaines circonstances, quelque chose de son ampleur spéculative. En effet, la maison pourrait-elle, sans danger pour la sécurité publique, servir de refuge au coupable poursuivi par la justice ? Comment parvenir à la découverte des crimes et délits si les visites domiciliaires n'étaient pas possibles ? Les nécessités de l'état social ont dû faire fléchir la rigueur du principe ; l'intérêt de la sûreté publique exigeait donc certaines restrictions au principe de l'inviolabilité du domicile.

Mais ces exceptions doivent être déterminées avec précision par la loi, et le principe reste entier toutes les fois qu'il n'y est pas dérogé par une disposition formelle.

Un examen préalable de l'art. 184 du Code pénal va nous faire connaître l'étendue et la portée de ces limitations.

CHAPITRE PREMIER

ART. 184 DU CODE PÉNAL DE 1810

§ I. — Etendue de cet article

« Tout juge, dit l'art. 184 du Code pénal, tout procureur général ou du roi, tout substitut, tout administrateur ou tout officier de justice ou de police qui se sera introduit dans le domicile d'un citoyen, hors les cas prévus par la loi et sans les formalités qu'elle a prescrites, sera puni d'une amende de 16 francs au moins et de 200 fr. au plus. »

L'art. 76 de la Constitution de l'an VIII avait déclaré *asile inviolable* la maison de toute personne habitant le territoire français ; mais il n'avait pas sanctionné ce principe. Le législateur de 1810 est venu combler cette lacune.

Considérant le domicile comme une chose sacrée, il a cherché à concilier les intérêts privés du citoyen avec l'intérêt général de la société. Il a exactement déterminé, par des dispositions spéciales, les cas exceptionnels où le principe devait céder devant les exigences impérieuses de l'ordre public ; puis il a déclaré qu'en dehors de ces cas et sans les formalités prescrites, nul ne pouvait pénétrer dans la maison d'autrui.

Ainsi le respect du domicile est désormais entouré d'une sanction légale ; le citoyen aura le droit de refuser l'entrée de sa maison à toute personne que la loi n'a pas investie d'un mandat spécial pour faire exécuter les ordres de la justice ou de l'autorité.

Mais quel est le sens, quelle est la portée des mots *domicile* et *citoyen* de l'art. 184 ?

Ne perdons pas de vue que c'est l'indépendance et la tranquillité de la personne que la loi entend protéger, plutôt que son droit de propriété, sa chose elle-même. Le mot *domicile* doit donc être pris, en notre matière, dans un sens très large, et non dans le sens restreint de l'art. 102 du C. civil ; il s'applique *au lieu qui sert d'habitation et de résidence réelles à un citoyen*. Ce qui constitue le domicile, au sens de l'art. 184, c'est non-seulement l'habitation elle-même, mais encore ses dépendances comprises dans la même enceinte. Tel est le sens que l'art. 276 du C. pénal attache au mot *domicile*, à propos des mendiants qui pénètrent, sans la permission du propriétaire ou de l'habitant, *soit dans une habitation, soit dans un enclos en dépendant*.

Il y aura donc violation de domicile dans tous les cas de pénétration illégale dans l'enceinte générale qui constitue la demeure d'un particulier. D'où il résulte que le délit n'existerait pas si l'introduction avait lieu dans une maison inhabitée. C'est ce qu'a décidé la Cour de Douai dans un arrêt du 26 mai 1845. « Considérant, dit cet arrêt, que la maison dans laquelle S... prétend que les inculpés se sont introduits contre son gré ne peut être considérée comme étant son domicile, puisqu'il ne l'habite pas et qu'il ne s'y trouvait que momentanément et pour la visiter ; que, sous ce rapport, le fait imputé aux prévenus ne constitue pas le délit prévu par l'art. 184... » D'ailleurs, peu importe qu'une personne soit ou non propriétaire de la maison dans laquelle la pénétration aura eu lieu contre son gré, il suffit qu'elle ait, à un titre quelconque, le droit d'en faire sa demeure (1).

---

(1) La loi romaine était très explicite à cet égard. (Voir p. 97).

On s'est demandé si l'effraction ou l'ouverture des meubles ne constitue pas le délit de violation de domicile. La négative est soutenue par certains auteurs qui pensent que le mot domicile ne peut s'étendre au delà de son sens naturel ; ils ne l'appliquent donc qu'à l'habitation et non au mobilier qui peut s'y trouver (1). D'autres, au contraire, considérant que les meubles peuvent contenir les secrets de la vie privée, font entrer le mobilier dans la définition du domicile. La jurisprudence a fait prévaloir cette dernière opinion dans l'espèce suivante :

Deux industriels ayant l'habitude de pénétrer librement dans la chambre d'habitation de leur coassocié, firent ouvrir, à l'aide de crochets, des meubles contenant des secrets sur sa vie privée ou sa famille. Traduits en police correctionnelle pour violation de domicile, ils furent renvoyés d'instance par jugement du tribunal correctionnel de la Seine, motivé sur ce que « les faits constatés par les débats, quelque blâmables qu'ils soient, ne sauraient cependant constituer le délit de violation de domicile prévu et puni par l'art. 184 du Code pénal ». Mais, sur appel, la Cour de Paris réforma cette décision par arrêt du 22 juin 1849, en décidant que « le mot *domicile*, dans le texte et l'esprit de la loi pénale, est une expression générique dont le sens complexe comprend, tout à la fois, non-seulement le logement et chacune de ses parties, mais encore les meubles qui y sont contenus ; qu'il suit de là que l'ouverture, à l'aide de crochets, des meubles qui contiennent les secrets de la vie privée ou de la famille, est une atteinte grave à l'inviolabilité du domicile, et qui tombe sous la répression de l'art. 184 » (2).

L'art. 184 a été édicté dans l'intérêt de la sûreté publique

---

(1) Garraud. *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, t. III, p. 431. Paris, 1889, in-8°.

(2) *Ibid.* p. 431.

et privée ; aussi le mot *citoyen* qu'il emploie ne doit-il pas être pris dans l'acception restreinte que lui assigne le droit public (1), il s'applique à tout Français jouissant des droits civils. Il suit de là que le domicile d'une veuve, d'une fille ou d'un failli est aussi bien protégé que celui de tout Français jouissant de ses droits politiques.

On a discuté la question de savoir si cette protection est due au domicile de l'étranger habitant le sol français? Quoique le mot *citoyen* se trouve aussi dans la Constitution de l'an III et dans la loi du 28 germinal an VI, on ne voit aucune raison pour refuser aux étrangers le bénéfice de l'inviolabilité du domicile. Ce qui prouve bien, d'ailleurs, que dans l'intention du législateur il n'existait pas d'exception à l'égard de l'étranger, c'est que la Constitution de l'an VIII a étendu la protection de l'art. 76 « à la maison de toute personne habitant le territoire français ». — Dans la discussion de la Constitution de 1848, l'art. 3 s'était borné à dire : « La demeure de chaque citoyen est inviolable. » A cette expression, qui paraissait impliquer une limitation aux seuls citoyens français, on substitua celle-ci : « toute personne habitant le territoire français. » En effet, ce n'est pas au titre de citoyen que le droit est attaché, c'est au domicile lui-même, disait M. Isambert. « C'est une maxime reçue par les publicistes constitutionnels que la demeure est une forteresse inviolable, peu importe qui habite la maison ! La maxime protège les étrangers comme les nationaux (2). »

Il est hors de doute qu'en ce qui concerne l'application de

---

(1) Le C. civil (art. 7 et 8) distingue la qualité de Français par laquelle on jouit des droits civils, de celle de citoyen qu'on n'acquiert ou ne conserve que conformément à la loi constitutionnelle.

(2) Achille Morin. *De l'inviolabilité du domicile* (Journ. du dr. crim., 1870).

l'art. 184 du Code pénal, les étrangers doivent être traités sur le même pied que les Français. Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire, dit l'art. 3 du Code civil. Ils doivent jouir de la sécurité pour leur personne et leur domicile, comme ils jouissent de la garantie sociale pour leurs propriétés. « Il y a bien, dit Serrigny, des lois restrictives de la liberté des étrangers, mais elles ne nous semblent pas autoriser l'introduction dans la maison de l'étranger en France, hors des cas et sans l'observation des formes déterminés pour les Français (1). »

L'art. 184 du Code pénal prévoit le délit de violation de domicile comme délit spécial, *sui generis*. Il peut arriver plus d'une fois que ce délit ne soit qu'un moyen d'en perpétrer un autre, tel qu'un vol, un rapt ou un assassinat. Dans ce cas, il faudrait considérer la violation de domicile comme un acte préparatoire. Le fait de s'introduire dans une maison pour y commettre un vol peut être regardé comme un commencement d'exécution du délit que l'agent se proposait d'accomplir. Ce ne serait plus le domicile violé, mais la tentative de vol qui devrait être poursuivie.

§ II. Modifications a l'art. 184 du Code de 1810 par la loi du 28 avril 1832.

L'art. 184 du Code pénal de 1810 était évidemment inefficace pour protéger les citoyens contre les excès de pouvoir des agents de l'autorité. Frappés des nombreux abus commis impunément par les fonctionnaires de tout ordre, les meilleurs criminalistes avaient longtemps et vivement critiqué l'insuffisance de ses dispositions. Une réforme s'imposait : elle eut

(1) Serrigny. *Droit public*, T. I, p. 407.

lieu dans la refonte du Code pénal en 1832 ; des modifications sérieuses furent introduites dans la rédaction de l'art. 184.

Pour nous rendre compte de leur importance, étudions la loi dans ses dispositions actuelles, ainsi conçues :

« Tout fonctionnaire de l'ordre administratif ou judiciaire, tout officier de justice ou de police, tout commandant ou agent de la force publique qui, agissant en sa dite qualité, se sera introduit dans le domicile d'un citoyen contre le gré de celui-ci, hors les cas prévus par la loi et sans les formalités qu'elle a prescrites, sera puni d'un emprisonnement de six jours à un an, et d'une amende de seize francs à cinq cents francs, sans préjudice de l'application du second paragraphe de l'art. 114.

» Tout individu qui se sera introduit, à l'aide de menaces ou de violences, dans le domicile d'un citoyen, sera puni d'un emprisonnement de six jours à trois mois et d'une amende de seize francs à deux cents francs. »

I. — En comparant les deux textes, on voit que la loi de 1832 a eu soin d'étendre et de préciser la nomenclature des agents du délit. En effet, tandis que le Code de 1810 ne visait que *les juges*, *les procureurs généraux ou du roi*, *les substituts*, *les administrateurs ou autres officiers de justice ou de police*, le nouvel article applique la disposition pénale à *tout fonctionnaire de l'ordre administratif ou judiciaire*, *tout officier de justice ou de police*, *tout commandant ou agent de la force publique*. La modification a eu pour but de faire entrer dans l'énumération les commandants ou agents de la force publique, qui n'étaient pas compris dans la rédaction primitive, et d'appliquer la pénalité à toute personne investie d'un mandat public lui permettant de s'introduire dans le domicile des particuliers dans certains cas et à certaines conditions. L'expression *officiers de police judiciaire* s'appliquait bien aux commandants de gendarmerie, mais ne pouvait convenir aux

simples gendarmes. « On avait oublié, dit l'auteur de cette addition, que les gendarmes ne sont pas des officiers de police judiciaire, que cependant ils en remplissent quelquefois les fonctions, et que, lorsqu'ils mettent à exécution soit un mandat d'arrestation, soit un arrêt portant l'emprisonnement, ils peuvent commettre le délit de violation de domicile. »

Notre article, d'ailleurs, ne concerne que les fonctionnaires de l'ordre civil. Les Codes de justice militaire pour l'armée de terre, du 9 juin 1857 (art. 226 et suiv.), et, pour l'armée de mer, du 4 juin 1858 (art. 305 et suiv.), contiennent des dispositions spéciales pour réprimer les abus commis soit par les chefs militaires, soit par les commandants d'une partie quelconque des forces navales ou enfin par des chefs militaires embarqués.

II. — Il résulte de l'addition de ces mots : *agissant en sa qualité*, que la violation de domicile commise par un fonctionnaire ne tombe sous l'application du § 1 de l'art. 184 que lorsqu'il agit en vertu de ses fonctions, qu'il invoque sa qualité pour commettre le délit : il y a alors *abus de la fonction*. Dans le cas contraire, s'il n'a pas invoqué son autorité, s'il agit en dehors de ses fonctions, son acte est assimilé à celui d'un simple particulier, et il n'y a délit qu'autant que le fait réunit les conditions prévues par le § 2 de l'art. 184.

III. — Une troisième modification consiste dans l'addition de ces mots : *contre le gré de celui-ci*. Un député avait proposé cette autre expression : *sans l'autorisation de celui-ci ;* mais l'amendement fut repoussé, et avec raison, car la loi n'a pu exiger que l'on se munisse de l'autorisation préalable de l'habitant pour pénétrer dans son domicile sous peine d'être considéré comme violant son indépendance Pour que l'introduction soit illicite, il suffit de sa simple opposition, puisque dans ce cas l'introduction aura lieu *contre son gré*, c'est-à-dire contre

sa volonté. Il n'est même pas nécessaire qu'il y ait *résistance* de sa part ; sa volonté doit être une barrière assez puissante pour arrêter le fonctionnaire ou le particulier. Toute introduction dans une maison est entachée d'illégalité s'il n'y a pas consentement formel ou tacite de la part de l'habitant, si celui-ci prouve non pas seulement qu'il s'y est opposé, mais qu'il n'y a pas adhéré, qu'il ne l'a pas subie volontairement.

Cette théorie, adoptée par MM. Chauveau et Faustin Hélie, a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation, rendu dans l'espèce suivante.

On sait qu'aux termes de l'article 237 de la loi du 28 avril 1816, les employés des contributions indirectes peuvent, sur un simple soupçon de fraude, pénétrer dans la maison d'un particulier non soumis à l'exercice, mais cela sous la double condition d'être munis de l'ordre d'un employé supérieur du grade de contrôleur au moins, et de se faire assister du juge de paix, du maire ou du commissaire de police. Deux employés se présentent pour opérer une visite chez un particulier non soumis à l'exercice, et y procèdent sans justifier de l'ordre d'un employé supérieur et sans s'être fait assister par un des officiers désignés dans l'article 237 de la loi de 1816. Aucune opposition n'avait été faite aux deux fonctionnaires, car ils avaient commencé leurs opérations en l'absence du maître de la maison. Celui-ci poursuivit la nullité des actes et saisies en se fondant sur l'illégalité de la visite faite sans son consentement préalable. La Cour de Caen lui donna raison et frappa d'annulation les procès-verbaux dressés par les deux employés. La Régie ne se tint pas pour battue, et introduisit un pourvoi en cassation. Rejet de la Cour suprême, fondé sur les considérants suivants, qui ont fait jurisprudence et à ce titre nous paraissent dignes d'être rapportés :

« Attendu que l'assistance du maire à la visite des employés, prescrite pour l'exercice de cette mission, donne au particu-

lier non sujet le droit de l'exiger et de refuser toute visite de son habitation en l'absence de l'officier de police ; mais que s'il veut bien ne pas user de ce droit, il est naturel et juste qu'après coup il ne soit point admis à se plaindre d'une opération qui n'a été que la suite de son défaut de réclamation dans le seul moment où une réclamation de sa part l'aurait empêchée ; qu'il suit de là que la Cour royale de Caen aurait dû déclarer le sieur Lebarbier non recevable à exciper du défaut d'assistance s'il avait été présent lors de l'introduction et de la visite dans son habitation ; mais qu'il est constant qu'alors le sieur Lebarbier était absent de son domicile, ce qui écarte la fin de non-recevoir ; qu'à la vérité, il a été de retour dans le cours de la visite que les employés ont faite dans son cellier, avec l'assistance du maire qu'ils avaient été intermédiairement chercher à cet effet, visite qui a formé la matière de la seconde partie de leur procès-verbal ; mais que cette assistance tardive n'a pas pu légaliser la visite et la saisie qui avaient été faites dans l'habitation.....

» Pour tous ces motifs, rejette le pourvoi de la Régie (1). »

Mais qu'arrivera-t-il si le consentement a été surpris par les manœuvres dolosives d'un agent de l'autorité ? Un fonctionnaire use de mensonge et de fraude pour s'introduire dans une maison ; peut-on soutenir que dans ce cas le consentement sera volontaire ? évidemment non, car l'adhésion sera viciée par le dol de l'agent, et il y aura violation de domicile. C'est ainsi qu'en a décidé la Cour de Rennes dans les circonstances suivantes (2) :

Un commissaire de police, accompagné d'un journaliste de ses amis, de passage à Vitré, frappe, la nuit, à la porte d'une

---

(1) *Journal du Palais*, 1823, p. 1027.

(2) Cour de Rennes. Arrêt du 9 déc. 1885 (*Journal des Parquets*, 1886).

femme, prétendant qu'il vient continuer une enquête commencée les jours précédents, au sujet d'une folle habitant la même maison. En réalité, d'après la prévention, « il voulait procurer à son ami une femme près de laquelle il pût attendre le départ du premier train ». La dame, réveillée en sursaut et ne se rendant pas compte de l'heure avancée, se croit obligée d'obéir à ce fonctionnaire dont elle respecte l'autorité, et dont elle ne peut soupçonner les intentions coupables. Y a-t-il violation de domicile de la part d'un agent qui use d'un pareil stratagème pour se faire ouvrir la porte d'une habitation ? Évidemment oui, déclare l'avocat général qui soutenait l'accusation : « Qu'a voulu dire la loi en mettant dans le texte ces mots *contre son gré ?* c'est qu'il y ait consentement réel. Il y a, en effet, des règles, surtout en matière de consentement, qui s'imposent d'elles-mêmes. Le Code veut qu'il soit donné en pleine connaissance de cause, et non pas par dol et fraude. Dans l'espèce, le consentement de la femme a été un consentement vicié, il n'était pas libre ; c'est donc contre son gré qu'on est entré dans son domicile. »

La Cour adopta pleinement la théorie de l'avocat général.

« Considérant, dit l'arrêt, que l'article 184 a pour objet de protéger, efficacement et dans tous les cas, le domicile des citoyens ; que s'il ne punit le simple particulier qu'autant que celui-ci a usé de violences et de menaces, il atteint le fonctionnaire public par cela seul que son introduction a eu lieu contre le gré de l'habitant ; que cette expression doit s'entendre en ce sens que le délit existe dès lors que le consentement n'est pas donné librement et en pleine connaissance de cause, mais qu'il est surpris et vicié par des manœuvres dolosives ;

» Considérant qu'il est incontestable que si la dame X..., dont la moralité est irréprochable, avait pu prévoir les projets des inculpés, elle leur eût refusé l'entrée de sa maison, et qu'elle n'a ouvert sa porte que sous la pression coupable d'un agent

de l'autorité qui prétendait agir dans l'exercice de ses fonctions, et donnait un ordre auquel elle se croyait tenue d'obéir ;

» Pour ces motifs, condamne, etc. »

IV. — Le législateur de 1810 n'avait édicté qu'une pénalité insignifiante, une amende de 16 à 200 francs. C'était manifester une sigulière indulgence pour les abus de pouvoir des fonctionnaires publics ! Mais ne perdons pas de vue que c'est sous l'Empire que le Code pénal a été élaboré et promulgué, à cette époque où le puissant empereur imposait ses opinions et sa volonté à tous, même aux rédacteurs des lois. Ombrageux et défiant comme l'est ordinairement tout pouvoir autoritaire, le gouvernement impérial voyait partout des ennemis et des conjurés ; il fallait pouvoir s'emparer facilement de la personne et des papiers de quiconque était soupçonné de conspiration. Au lieu de s'inspirer des règles du pur droit et de la justice, le législateur, on le reconnaît ici, a plutôt obéi à des préoccupations d'ordre politique. Pouvait-on, en effet, se montrer sévère pour des agents qui ne faisaient qu'exécuter aveuglément les ordres de l'administration supérieure ? Cette préoccupation se révèle même dans les discours des orateurs du gouvernement. « L'on a, dans cette matière, disaient-ils, cherché plutôt une peine efficace qu'une peine sévère... L'espèce de délit qu'on examine ne tire point sa source de passions viles et basses, comme les concussions et la corruption ; un zèle faux ou mal entendu peut produire assez souvent des abus d'autorité, et il importe de les réprimer, mais avec modération, si l'on veut que ce soit avec succès. »

C'est grâce à une pareille modération que les attentats contre la liberté individuelle furent si fréquents sous le premier Empire et sous les régimes qui lui ont succédé.

Tous les criminalistes se sont justement récriés contre la bénignité du châtiment affecté à un délit aussi grave, aussi

alarmant que la violation d'un droit sacré. « Cet article, disait M. Charlemagne à la Chambre des députés (1), avertit le dernier officier de police judiciaire, le dernier agent de la force publique qu'il peut, sans formalités préalables, sans l'assistance de l'autorité supérieure, à toute heure du jour et de la nuit, s'introduire dans le domicile d'un citoyen, s'emparer de ses papiers, pénétrer dans ses secrets de famille, et cela au prix d'une amende de 16 francs, qui peut être portée à 200 francs si le Tribunal use de toute la rigueur de la loi. »

Enfin la loi de 1832 est venue donner satisfaction à l'opinion publique en élevant la peine à un an de prison et à 500 francs d'amende. « Il fallait, dit le rapporteur, défendre d'une manière plus forte la société contre l'arbitraire. » A la suite de cette aggravation, les droits des citoyens ont été protégés avec plus d'efficacité. Néanmoins, bien des jurisconsultes estiment que la peine n'est pas encore suffisamment proportionnée à la gravité du délit. Suivant l'opinion de Carnot, un délit de cette nature aurait pu et même dû être rangé dans la catégorie des *crimes*, seul moyen peut-être de diminuer le nombre des atteintes portées à la liberté individuelle, le bien le plus précieux dont les citoyens soient appelés à jouir (2).

V.— A la pénalité nouvelle la loi de 1832 a ajouté : *sans préjudice de l'application du paragraphe 2 de l'art. 114.* On sait que l'art. 114 du Code pénal a pour objet de protéger la liberté des citoyens, et punit de la dégradation civique tout fonctionnaire qui se rend coupable d'un attentat à la liberté individuelle. La disposition du deuxième paragraphe, qui admet une cause d'excuse absolutoire en faveur de l'agent qui justifie « avoir agi par ordre de ses supérieurs pour des objets

---

(1) 5 décembre 1831.

(2) Carnot. *Comment. sur le Code pénal*, 2e édit., T. I., p. 560.

du ressort de ceux-ci, et sur lesquels il leur devait obéissance hiérarchique », fut vivement attaquée au cours de la discussion de la loi nouvelle. On objectait que l'ordre d'un supérieur ne suffit pas pour légitimer un délit. Un supérieur, disait-on, peut donner l'ordre de faire une visite domiciliaire ; mais celui qui l'exécute peut, dans les détails de sa mission, violer la loi, et le supérieur peut être responsable de la violation. D'ailleurs, quand l'illégalité vient du supérieur, il y a deux délits : le délit du fonctionnaire qui a donné l'ordre, et le délit de celui qui l'a exécuté.

On répondit à cette objection que le deuxième paragraphe de l'art. 114 a pour but d'empêcher que l'agent discute les ordres de son supérieur et refuse d'y obéir dans la crainte de se compromettre. « Il ne faut pas qu'un garde-champêtre puisse discuter l'ordre qui lui est donné par le procureur du roi, et s'abstienne de l'exécuter sous prétexte que sa responsabilité personnelle est engagée... Nous ne soutenons pas la doctrine de l'obéissance passive, mais nous soutenons celle de la responsabilité ministérielle. Nous ne disons pas que les fonctionnaires sont à l'abri de toute sorte de responsabilité derrière des ordres supérieurs ; nous disons, au contraire, qu'ils ne doivent obéissance, qu'ils ne sont dégagés de la responsabilité que pour les objets qui sont du ressort hiérarchique. Mais s'ils ont agi par ordre des supérieurs auxquels ils devaient obéissance, la responsabilité retombe sur le fonctionnaire supérieur. »

Ainsi l'excuse spéciale du § 2 de l'art. 114 doit réunir deux conditions essentielles : 1° Ordre donné par un supérieur à un inférieur, celui-ci devant au premier l'obéissance hiérarchique ; 2° il faut que l'ordre soit relatif à un objet qui soit du ressort de ce supérieur. « On voit, dit Garraud (1), que c'est le

(1) Garraud. *Op. cit.*, T. III, p. 35.

devoir de l'obéissance hiérarchique, et non pas l'*erreur* du subordonné sur la nature de l'ordre, l'*ignorance de sa criminalité*, qui constitue pour l'agent une cause d'excuse. Il importe peu, dès lors, que le subordonné ait cru ou ait pu croire que l'acte était illégal. Dans l'intérêt de la hiérarchie civile ou militaire, la loi exempte l'agent de toute peine. Elle ne voit en lui qu'un instrument trop docile, et, en excusant le bras, elle prétend frapper la tête, puisqu'elle réserve toutes ses rigueurs pour le supérieur qui a donné l'ordre. Ce système de législation nous paraît fort sage ; il fait une juste part aux nécessités de la hiérarchie et aux droits des citoyens ». Il se tient à une égale distance des deux thèses de l'obéissance passive et de l'obéissance raisonnée.

VI.— Enfin la loi de 1832 a complété l'art. 184 par l'addition d'un deuxième paragraphe qui érige en délit spécial la violation de domicile commise par un simple particulier. Elle a ainsi comblé une lacune de la loi de 1810, qui n'avait pas prévu ce cas. Nous reviendrons plus tard en détail sur cette question qui fera l'objet d'un chapitre à part.

CHAPITRE II

EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE L'INVIOLABILITÉ DU DOMICILE PENDANT LA NUIT

Nous avons dit plus haut qu'en certaines circonstances, la rigueur du principe de l'inviolabilité du domicile doit fléchir devant les nécessités supérieures de l'ordre public et de la justice sociale. La loi punit l'introduction dans une maison privée, lorsque cette introduction a lieu hors des cas qu'elle a prévus, et sans l'observation des formalités qu'elle a prescrites.

Il s'agit maintenant d'examiner les divers cas où le domicile doit s'ouvrir contre le gré même du citoyen, et, dans cette violation légale, d'indiquer les formalités qui le protègent.

L'inviolabilité est le principe général ; c'est une garantie constitutionnelle de la plus haute importance, à laquelle on ne pouvait déroger sans nécessité. Il est donc indispensable de préciser avec netteté les limitations exceptionnelles énumérées par la loi ; car, en dehors des cas indiqués, toute pénétration dans une maison privée est délictueuse et tombe sous l'application de l'art. 184 du Code pénal. Pour cela, il importe de distinguer si l'introduction a lieu *pendant la nuit* ou *pendant le jour*, car les restrictions sont beaucoup moins nombreuses dans le premier cas que dans le second.

Détermination du temps de nuit. — Voyons d'abord comment se règle le temps de nuit.

Dans notre matière, cette détermination est établie par le

décret du 4 août 1806 : « Le temps de nuit, où l'art. 131 de la loi du 23 germinal an VI, défend à la gendarmerie d'entrer dans les maisons des citoyens, sera réglé par les dispositions de l'art. 1037 du Code de procédure civile. » Aux termes de cet article, « aucune signification ni exécution ne pourra être faite, depuis le 1er octobre jusqu'au 31 mars, avant 6 h. du matin et après 6 h. du soir ; et, depuis le 1er mars jusqu'au 30 septembre, avant 4 h. du matin et après 9 h. du soir ; non plus que les jours de fête légale, si ce n'est en vertu de permission du juge, dans les cas où il y aurait péril en la demeure. »

La dernière partie de l'article, « si ce n'est en vertu de permission du juge », avait soulevé une difficulté au sujet de la détermination du temps de nuit. Est-ce aux fêtes légales ou aux heures légales que ces expressions devaient s'appliquer ? Certains auteurs ont prétendu qu'il était permis d'opérer une arrestation dans une maison, même la nuit, si le juge en donnait la permission pour cause de péril en la demeure. Mais c'est là une violation flagrante du principe constitutionnel qui proclame l'inviolabilité du domicile pendant la nuit. Ces auteurs ont mal interprété les dispositions de l'art. 1037 C. proc. civ., car il est évident que cette autorisation ne se réfère point au temps de nuit, et qu'elle n'est donnée au juge que pour tempérer la défense trop absolue en ce qui concerne les jours fériés. Au surplus, il suffit de considérer la place que ces mots « si ce n'est en vertu de permission du juge » occupent dans la phrase, pour être convaincu qu'ils s'appliquent à la seconde partie de l'article, et ne peuvent raisonnablement se rapporter qu'aux exécutions opérées les jours fériés, et non en dehors des heures légales. D'ailleurs, dans l'état actuel de la législation, cette question n'offre plus qu'un intérêt rétrospectif, puisque le décret du 11 avril 1854 a fait disparaître la dernière partie de l'art. 1037.

Voici, quant à la réglementation du temps de nuit, les dispositions de l'art. 291 du décret des 1er mars — 11 avril 1854, sur l'organisation de la gendarmerie :

« Art. 291. La maison de chaque citoyen est un asile où la gendarmerie ne peut pénétrer sans se rendre coupable du délit d'abus de pouvoir, sauf les cas déterminés ci-après :

» 1° Pendant le jour, elle peut y pénétrer pour un motif formellement exprimé dans une loi, ou en vertu d'un mandat spécial de perquisition décerné par l'autorité compétente ;

» 2° Pendant la nuit, elle peut y pénétrer dans le cas d'incendie, d'inondation, de réclamation venant de l'intérieur de la maison ;

» Dans tous les autres cas, elle doit prendre seulement, jusqu'à ce que le jour ait paru, les mesures indiquées aux articles suivants.

» Le temps de nuit est ainsi réglé : du 1er octobre au 31 mars, depuis 6 h. du soir jusqu'à 6 h. du matin ; du 1er avril au 30 septembre, depuis 9 h. du soir jusqu'à 4 h. du matin. »

La loi détermine uniformément, pour toutes les matières, à quel moment commence le jour, et quand il finit. C'est ainsi que la loi du 22 mars 1841 sur le travail des enfants dans les manufactures fixe la durée de la nuit pour toute l'année, et la déclare comprise entre 9 h. du soir et 5 h. du matin. En matière de contributions indirectes, la durée de la nuit varie suivant les différents mois de l'année. D'après la loi du 28 avril 1816, les employés de la régie ne peuvent faire, pendant le jour, des visites chez les redevables qu'aux intervalles de temps déterminés par l'art. 26, comme il suit : en janvier, février, novembre et décembre, de 7 h. du matin à 6 h. du soir ; en mars, avril, septembre et octobre, de 6 h. du matin à 7 h. du soir ; en mai, juin, juillet et août, de 5 h. du matin à 8 h. du soir. Nous verrons plus loin que ces visites peuvent

avoir lieu la nuit, dans certaines circonstances et dans certains établissements.

Notons encore les deux cas suivants, pour lesquels la loi n'a pas précisé le temps de nuit : 1° l'art. 201 du C. forestier double la peine lorsqu'un délit a été commis pendant la nuit ; 2° l'art. 9 de la loi du 3 mai 1844 prohibe la chasse pendant la nuit. — Ici, l'on s'en rapporte à l'appréciation des tribunaux, et la jurisprudence décide généralement que la nuit s'étend du coucher au lever du soleil.

Les limites du jour et de la nuit étant bien déterminées, examinons les diverses exceptions admises par la loi au principe de l'inviolabilité du domicile pendant la nuit. Elles sont en petit nombre, nous l'avons dit ; car le législateur devait se montrer d'une grande réserve en ce qui touche à la liberté et à la tranquillité des citoyens, et n'admettre que les restrictions fondées sur les nécessités de l'ordre public et les intérêts du fisc.

On distingue quatre cas dans lesquels le domicile du citoyen cesse d'être, pendant la nuit, un asile inviolable :

1° Dans les cas d'incendie, d'inondation ou de réclamation venant de l'intérieur ;

2° Les agents de l'autorité peuvent, la nuit, pénétrer dans les lieux publics où tout le monde est admis indistinctement ;

3° Il en est de même pour les maisons où l'on donne habituellement à jouer des jeux de hasard, et pour les lieux livrés notoirement à la débauche ;

4° Enfin les brasseries et distilleries en activité sont soumises, pendant la nuit, aux visites des employés de la Régie.

§ I

Les lois du 5 fructidor an III, art. 359 ; du 28 germinal an VI, art. 131 ; du 21 frimaire an VIII, art. 76, disposent que nul n'a le droit d'entrer, pendant la nuit, dans le domicile d'un citoyen, si ce n'est *dans les cas d'incendie, d'inondation ou de réclamation venant de l'intérieur de la maison*. — Dans les deux premiers cas, l'exception n'est qu'apparente, puisqu'elle a été inspirée par un sentiment d'humanité, dans l'intérêt même de l'habitant. Pourrait-on, en effet, pousser le respect du domicile jusqu'à ne pas oser pénétrer, la nuit, dans une maison gravement menacée? Dans ces circonstances, il est tout naturel qu'un homme de cœur puisse s'introduire dans une habitation pour porter un prompt secours aux personnes en danger de périr.

Dans le troisième cas, lorsqu'il y a appel venant de l'intérieur, on ne saurait soutenir raisonnablement qu'il y a violation de domicile. En effet, ce délit n'existe qu'autant que la pénétration dans la maison a lieu contre le gré de celui qui l'habite ; or, c'est ce dernier qui sollicite du secours et autorise ainsi le premier venu à pénétrer dans sa demeure.

§ II

L'exception au principe de l'inviolabilité du domicile pendant la nuit s'applique aux maisons ouvertes au *public*. Elle a été ainsi formulée par la loi du 19-22 juillet 1791, art. 9 et 10.

« Art. 9. — A l'égard des lieux où tout le monde est admis indistinctement, tels que cafés, cabarets, boutiques et autres,

les officiers de police pourront toujours y entrer, soit pour prendre connaissance des désordres ou contraventions aux règlements, soit pour vérifier les poids et mesures, les titres des matières d'or et d'argent, la salubrité des comestibles et médicaments ;

» Art. 10. — Ils pourront aussi entrer en tout temps dans les maisons où l'on donne habituellement à jouer des jeux de hasard, mais seulement sur la désignation qui leur en aurait été faite par deux citoyens domiciliés ;

» Ils pourront également entrer en tout temps dans les lieux livrés notoirement à la débauche. »

A. — Les mots *toujours, en tout temps* dont s'était servie la loi du 19-22 juillet 1791, avaient soulevé quelques difficultés d'interprétation.

L'Assemblée législative, par un décret du 24 septembre 1792, déclara que ces expressions attribuaient aux officiers de police le pouvoir d'entrer, *même pendant la nuit,* dans les maisons ouvertes au public. Remarquons toutefois qu'ici le temps de nuit ne saurait être réglé d'après les dispositions de l'art. 1037 du C. de procédure civile à l'égard de l'introduction dans les maisons particulières. La doctrine et la jurisprudence sont tombées d'accord pour décider que si la loi de 1791 permet aux officiers de police de pénétrer, même pendant la nuit, dans les cafés, cabarets, boutiques et autres, ce n'est qu'autant que ces établissements restent ouverts au public. Le droit de visite pendant la nuit est donc subordonné à l'ouverture de ces lieux. Cela résulte clairement des termes mêmes de la loi : « à l'égard des lieux où tout le monde est admis indistinctement ». D'où il résulte que lorsqu'un établissement est ouvert à tout le monde, la loi a voulu, pour des raisons de morale et d'ordre public, qu'il fût également accessible aux officiers de police.

La Cour de cassation a consacré cette interprétation par un

arrêt rendu, le 29 novembre 1829, dans des circonstances que nous jugeons utile de rappeler.

Dans la soirée du 21 mars 1829, un vérificateur des poids et mesures, accompagné de l'adjoint au maire de la ville de Sézanne, avait pénétré dans la boutique de deux épiciers où il avait trouvé de faux poids et en avait opéré la saisie. Traduits devant le Tribunal de simple police, les deux industriels furent renvoyés des fins de la plainte, le Tribunal se fondant sur ce que l'art. 76 de la Constitution de l'an VIII, l'art. 184 du C. pénal et autres textes ne permettaient pas aux officiers de police de pénétrer la nuit dans la maison des citoyens.

Le jugement fut déféré à la Cour de cassation, dans l'intérêt de la loi, par le procureur général Mourre. Après avoir rappelé les lois et ordonnances relatives à l'inviolabilité du domicile pendant la nuit, le procureur général s'arrêta à la loi du 22 juillet 1791, dont le texte était applicable à l'espèce dont la Cour avait à connaître. Voici comment il interpréta le mot *toujours,* employé par l'art. 9 de cette loi :

« Le mot *toujours* signifie-t-il que la visite est permise pendant la nuit, lors même que la boutique est fermée? L'exposant ne le croit pas ; il pense que l'officier public, accompagné du vérificateur, peut bien entrer la nuit dans tous les lieux publics où il y a une vérification à faire, mais par le motif seulement que le public y est admis. Car il serait absurde que par ces expressions dont la loi s'est servie : « *à l'égard des lieux où tout le monde est admis* », elle eût voulu faire entendre que l'admission du public pendant le jour autorise l'introduction de l'officier public pendant la nuit. Cela ne peut signifier autre chose sinon que, quand un lieu où tout le monde est admis indistinctement est ouvert pendant la nuit et que tout individu peut y pénétrer, il doit être bien permis à l'officier public de s'y introduire. »

La Cour, adoptant ces motifs, cassa le jugement qui lui était déféré.

De tout ce qui précède, il résulte par *a contrario* que les cafés, cabarets, boutiques, etc., deviennent des lieux privés dès qu'ils ne sont plus ouverts au public. D'accord sur ce point, la doctrine et la jurisprudence fondent leur interprétation sur l'art 129 de la loi du 28 germinal an VI, qui autorise les gendarmes à visiter les auberges, cabarets et autres maisons ouvertes au public, même pendant la nuit, jusqu'à l'heure où les dites maisons doivent être fermées d'après les règlements de police ; et sur l'art. 235 de la loi du 28 avril 1816, qui permet aux employés de la régie de se présenter chez les débitants de boissons pendant tout le temps que les lieux de débit seront ouverts en public.

B. — Mais cette jurisprudence, si respectueuse du principe de l'inviolabilité du domicile, allait offrir aux cabaretiers et autres personnes tenant des lieux ouverts au public un moyen trop facile de violer les règlements de police. Ils n'avaient, en effet, qu'à tenir les portes fermées pour garder leurs clients dans leur établissement durant la nuit entière.

La Cour de cassation sentit bientôt que sa jurisprudence était de nature à favoriser les infractions. En conséquence, elle décida que lorsqu'un cabaretier ou tout autre propriétaire d'un lieu public conserverait des clients après l'heure où son établissement devait être fermé, les agents de l'autorité pourraient y pénétrer, lors même que les portes en seraient fermées, pour y constater les contraventions qu'ils supposaient. L'inviolabilité du domicile est de droit public, mais les débitants ne peuvent invoquer ce principe qu'autant qu'ils se conforment aux devoirs de leur profession et aux règlements de police.

Si les agents de l'autorité ne peuvent pénétrer dans un établissement public fermé à l'heure règlementaire, dans l'unique

but de s'assurer s'il n'y a pas une contravention, il n'en est plus de même s'ils constatent du dehors des indices assez graves pour leur faire présumer une infraction aux règlements. En pareille circonstance, les agents peuvent pénétrer dans l'établissement, quoiqu'ils en trouvent les portes fermées, et il n'y aura pas violation de domicile, puisque, aux termes de la loi de 1791, les agents peuvent s'introduire dans les lieux où le public est admis, « pour y constater les désordres ou contraventions aux règlements », c'est-à-dire s'introduire eux-mêmes à toute heure où le public s'y trouve encore, fût-ce après l'heure à laquelle l'établissement doit être fermé pour tous, auquel cas il y a une contravention à constater et à réprimer.

Un arrêt de la Cour de cassation du 22 novembre 1872 a décidé que le refus du cabaretier d'ouvrir aux gendarmes qui se présentent pour dresser procès-verbal, même pendant la nuit, constitue une contravention à l'arrêté préfectoral, d'ailleurs légal et obligatoire, qui donne aux gendarmes le droit de pénétrer, à toute heure du jour ou de la nuit, dans les cabarets et autres lieux publics, alors qu'il y a grave présomption d'infraction à l'heure de la fermeture des lieux publics.

L'agent n'aurait à craindre de commettre une violation de domicile qu'autant qu'il se serait introduit dans l'établissement sans avoir acquis la certitude qu'il s'y trouve encore des consommateurs. Mais s'il est entré sans opposition de la part du tenancier, si celui-ci lui a ouvert la porte, il ne commet point de délit, lors même qu'il n'aurait aucune contravention à constater.

§ III

Ce que nous venons de dire au sujet des cafés, cabarets et auberges, s'applique également aux maisons où l'on donne habituellement à jouer des jeux de hasard, et aux lieux notoirement livrés à la débauche. Remarquons toutefois qu'en ce qui concerne les maisons de jeu, l'art. 10 de la loi de 1791, citée plus haut, exige, pour provoquer l'intervention de l'autorité, une déclaration faite par deux citoyens domiciliés. L'expression *en tout temps* de l'art. 10 doit s'interpréter de la même manière que le mot *toujours*, dont se sert l'art. précédent.

§ IV

La loi du 28 avril 1816 sur les contributions indirectes a apporté une nouvelle exception au principe de l'inviolabilité du domicile pendant la nuit. Son art. 235 dispose que « les visites et exercices que les employés sont autorisés à faire chez les redevables ne pourront avoir lieu que pendant le jour ; cependant ils pourront aussi être faits *la nuit, dans les brasseries et distilleries*, lorsqu'il résultera des déclarations que ces établissements sont en activité ; et chez les débitants de boissons, pendant tout le temps que les lieux de débit seront ouverts au public ».

La loi s'est montrée sévère à l'égard des brasseurs et distillateurs ; mais ses dispositions rigoureuses étaient justifiées par la nécessité de réprimer la fraude pour sauvegarder les intérêts du fisc. C'est dans ce but que le législateur a cru devoir donner à l'administration des contributions indirectes des droits très étendus.

Lorsqu'une brasserie ou une distillerie est sur le point d'entrer en activité, les brasseurs ou distillateurs doivent faire aux

employés de la Régie, quatre heures au moins auparavant dans les villes, et douze heures dans les campagnes, une déclaration de mise de feu indiquant le numéro et la contenance des chaudières qui seront employées, l'heure où le feu sera mis sous chacune d'elles, l'heure où l'eau sera jetée sur les marcs, etc. Les fraudes étant très faciles, la loi a voulu que les brasseurs et distillateurs assujettis fussent obligés de souffrir toutes les recherches, vérifications et constatations utiles ou nécessaires pour l'exécution des règlements sur les boissons. C'est ainsi que les employés des contributions indirectes ont le droit d'assister à toutes les opérations et d'en contrôler la régularité. Or, comme la loi a permis aux brasseurs et distillateurs d'allumer leurs feux pendant la nuit, elle devait logiquement autoriser les employés à pénétrer aussi la nuit dans leurs établissements pour y exercer leur surveillance.

Les brasseurs ou distillateurs et leurs agents ne doivent apporter aucune gêne ni entrave aux employés de la régie. Toute contravention à cette règle constitue un *refus d'exercice*, délit que la loi punit d'une amende considérable. Le législateur a compris, sous l'expression de « refus d'exercice », « non-seulement tout trouble, tout empêchement, tout retard au libre et complet exercice par un refus formel, par insultes, menaces, voies de fait ou obstacle apporté par les redevables et personnes dont ils sont responsables, mais même la simple opposition d'un débitant à l'exercice ou à la saisie des employés, ne fût-elle que verbale (1) ».

Une distillerie doit être considérée comme étant en activité et par suite les employés peuvent prolonger leur surveillance, même pendant la nuit, lorsqu'ils reconnaissent l'existence, dans les cuves et dans l'alambic, de matières en macération, et qu'en outre, la température de ces matières et la pression de

(1) *Cour cass. crim.*, 7 octobre 1830.

la machine à vapeur ne laissent aucun doute sur l'intention de continuer la distillation. Il y a, par conséquent, refus d'exercice lorsque, dans ces circonstances, le distillateur s'oppose aux investigations du service (1).

Un décret du 1er septembre 1852 dispose que les employés de la Régie seront logés dans les distilleries de sucre, glucose, etc. ; et de plus, qu'il leur sera donné une clef de la fabrique.

Le règlement du 26 août 1876 a donné encore plus d'extension au droit de visite : les employés des contributions indirectes sont autorisés à pénétrer dans les distilleries à toute heure du jour et de la nuit, et à y exercer une surveillance permanente lorsqu'il est établi, par le compte des industriels, qu'il existe dans leurs ateliers des matières en fermentation ou des liquides susceptibles d'être livrés à la distillation ou à la rectification. Bien plus, l'art. 2 du même décret prescrit qu'à la demande de la Régie le distillateur doit disposer dans l'intérieur de son usine et le plus près possible de ses alambics, pour servir de bureau aux employés, un local convenable de 12 mètres carrés au moins, garni de chaises, de tables et d'un poêle ou d'une cheminée.

L'art. 235 de la loi de 1816 dispose, *in fine*, qu'en ce qui concerne les visites chez les débitants de boissons, elles pourront être opérées pendant tout le temps que les lieux de débit seront ouverts au public. La loi reconnaît ainsi aux employés de la Régie, dans l'intérêt du Trésor, les mêmes droits que la loi de 1791 confère aux officiers de police.

Telles sont les exceptions au principe de l'inviolabilité du domicile pendant la nuit. En dehors des cas que nous venons d'examiner, et dont l'énumération est strictement limitative, aucun agent de la force publique n'a le droit de pénétrer dans

---

(1) Arrêt de la Cour d'Aix, 26 août 1875.

une maison privée pour y opérer une arrestation, faire des perquisitions ou y constater un délit quelconque.

On convient néanmoins que si une perquisition a été commencée le jour sans avoir pu être terminée lorsqu'arrive la nuit, rien ne s'oppose à ce qu'elle soit continuée par le magistrat instructeur ; car ce qui constitue la violation de domicile, c'est le fait de la pénétration dans la demeure contre le gré de celui qui l'habite, c'est le trouble qui résulte de cette introduction violente. Il s'ensuit que si la perquisition devait être commencée la nuit, le défaut de consentement de l'habitant obligerait à attendre le point du jour, sauf à investir la maison, si l'on avait à craindre l'évasion du prévenu ou l'enlèvement de pièces à conviction.

L'art. 36 du Code d'instruction criminelle a donné lieu à de vives controverses. Nous examinerons plus loin les dispositions de cet article, en traitant des attributions du procureur de la République et de ses auxiliaires dans le cas de flagrant délit.

On a aussi beaucoup discuté la question de savoir si les prévenus ou les condamnés peuvent être arrêtés la nuit dans un domicile privé, en vertu de mandements réguliers de justice ou d'un arrêt définitif de condamnation. La question est très controversée, et nous répondrons avec M. Garraud : « c'est au Code d'instruction criminelle qu'il appartenait de résoudre la question ; il ne l'a pas fait ; et l'on doit reconnaître que si la prudence conseille aux agents de justice d'attendre le jour, lorsque cela est possible, la loi française ne subordonne pas, comme on l'affirme souvent à tort, la légalité des arrestations à cette condition (1) ».

En terminant ce chapitre, mentionnons l'*état de siège*, qui

---

(1) Garraud, *Op. cit.*, p. 437.

peut être déclaré en cas de péril imminent résultant soit d'une guerre étrangère, soit d'une insurrection à main armée. Dans cette circonstance grave, les garanties constitutionnelles sont suspendues, et les pouvoirs de l'autorité civile passent aux mains de l'autorité militaire. Aux termes de l'art. 9 de la loi de 1849, l'autorité militaire a le droit de faire des perquisitions de jour et de nuit dans le domicile des citoyens. C'est l'abrogation temporaire des lois protectrices de la liberté de la personne et de l'inviolabilité du domicile. Mais lorsque le salut de la patrie l'exige, nous devons lui sacrifier une partie de nos droits : *salus populi suprema lex esto !*

CHAPITRE III

EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE L'INVIOLABILITÉ DU DOMICILE PENDANT LE JOUR

Si la règle de l'inviolabilité du domicile subit des limitations plus nombreuses pendant le jour que pendant la nuit, c'est qu'il est indispensable, dans l'intérêt de la justice, de faciliter la découverte des crimes, délits et contraventions. Il est vrai que l'introduction dans le domicile du citoyen pendant le jour ne présente pas les mêmes caractères de gravité et les mêmes inconvénients que pendant la nuit. En effet, dans le jour, il est facile à tout citoyen qui est l'objet d'une visite domiciliaire de contrôler la mission de l'agent qui se dit autorisé à pénétrer chez lui et de faire constater l'abus de pouvoir, s'il y a lieu. Mais le législateur a spécifié avec soin les divers cas où il a cru devoir déroger au principe, et en les limitant, il les a entourés d'une réglementation indispensable à la garantie des citoyens.

De nombreux textes de lois permettent aux agents de l'autorité de s'introduire pendant le jour dans une maison particulière. « On peut y pénétrer pour exécuter les ordres des autorités constituées », porte l'art. 359 de la Constitution de l'an III ; « aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi et pour la personne ou l'objet expressément désignés dans l'acte qui ordonne la visite. » Moins précis que cet art. 359, l'art. 76 de la Constitution du 22 frimaire an VIII a permis l'entrée, pendant le jour, dans le domicile d'un citoyen, pour

un objet spécial déterminé par une loi ou par un ordre émané d'une autorité publique.

L'art. 184 du Code pénal s'est donc inspiré du texte de la Constitution de l'an III, en punissant l'introduction dans le domicile d'un citoyen « hors les cas prévus par la loi et sans les formalités qu'elle a prescrites ».

Les agents de l'autorité ont pour mission d'exercer leur surveillance sur certains établissements et dans des circonstances déterminées ; — d'opérer des visites domiciliaires dans le but de découvrir les traces d'un crime, d'un délit ou d'une contravention ; — d'exécuter des ordres d'arrestation ou de condamnation à des peines corporelles ; — de procéder à des vérifications prescrites par les lois et règlements.

Dans les diverses hypothèses où les particuliers peuvent être soumis aux visites domiciliaires pendant la nuit, il est évident *a fortiori* qu'ils doivent les subir pendant le jour.

Il résulte de l'énumération qui précède que l'on peut ranger sous quatre chefs principaux les pouvoirs que la loi confère, en cette matière, aux représentants de l'autorité :

1° Surveillance exercée pour prévenir les infractions aux lois de police et de sûreté ;

2° Recherche des crimes et délits ;

3° Exécution des mandements de justice, des jugements et condamnations ;

4° Exécution des lois sur les contributions publiques.

Section Ire

Surveillance exercée pour prévenir les infractions aux lois de police et de sureté

La loi du 19-22 juillet 1791 (art. 8, 9, 10) détermine les pouvoirs des agents de l'autorité dans l'exercice de la surveil-

lance ayant pour objet de prévenir les infractions aux lois de police et de sûreté. Elle a soin d'établir une distinction entre les domiciles privés et les lieux publics où tout le monde est admis indistinctement. En ce qui concerne les premiers, l'art. 8 dispose que « nul officier municipal, commissaire ou officier de police municipale ne pourra entrer dans les maisons des citoyens, si ce n'est pour la confection des états ordonnés par les art. 1, 2, 3, et les vérifications des registres des logeurs.

Les trois premiers articles de la loi de 1791 ont pour objet de faciliter à l'Administration, soit les opérations, toujours si laborieuses, du recensement et du classement de la population, soit le contrôle des auberges, hôtels, maisons meublées, etc.

Les logeurs sont tenus de représenter leur registre à demeure aux commissaires et agents de police. Aux termes de l'art. 183 de l'ordonnance du 29 octobre 1820 sur le service de la gendarmerie, les hôteliers et aubergistes sont dans l'obligation de communiquer leurs registres d'inscription des voyageurs à la gendarmerie toutes les fois qu'elle leur en fait la réquisition. Le § 2 de l'art. 475 Code pénal frappe d'une amende de 6 à 10 francs les aubergistes qui manquent de représenter le registre, lorsqu'ils en sont requis, aux maires, adjoints, officiers ou commissaires de police, ou aux citoyens commis à cet effet.

Des inspecteurs sont nommés par l'Etat pour s'assurer de l'observation des lois et règlements relatifs au travail des enfants mineurs dans les ateliers et usines. Ils ont entrée dans les établissements manufacturiers et doivent pouvoir exercer leur mission sans entraves. L'art. 28 de la loi du 19 mai 1874 punit d'une amende de 16 à 100 francs les propriétaires d'établissements industriels qui mettent obstacle à l'accomplissement des devoirs d'un inspecteur.

Quant aux art. 9 et 10 de la loi de 1791, ils s'appliquent aux lieux publics, tels que cafés, cabarets, auberges, maisons

de jeux de hasard, etc. ; ici le législateur a donné aux agents des pouvoirs beaucoup plus étendus. Nous avons vu plus haut qu'ils y ont accès non-seulement pendant le jour, mais aussi pendant la nuit, aux heures où le public y est admis, soit pour prendre connaissance des désordres ou des contraventions aux règlements, soit pour vérifier les poids et mesures, le titre des matières d'or et d'argent, la salubrité des comestibles et médicaments, etc.

Le devoir de contrôler la salubrité des comestibles mis en vente résulte encore, pour les maires, de l'art. 97 de la loi municipale de 1884, qui comprend, dans le § 5, l'inspection sur la fidélité des denrées qui se vendent au poids ou à la mesure, et sur la salubrité des comestibles exposés en vente.

En vertu de l'article 29 de la loi du 11 germinal an IX et de l'art. 1 du décret du 23 mars 1859, les officines et magasins des pharmaciens et droguistes doivent être inspectés au moins une fois par an.

D'après l'art. 129 de la loi de 1791, et conformément à la loi du 28 germinal an VI, les officiers de police municipale peuvent aussi pénétrer dans les établissements publics pour la recherche des personnes qui auraient été signalées à la police.

Section II

RECHERCHE DES CRIMES ET DÉLITS

La répression des crimes et délits intéressant l'existence même de la société, le législateur a dû attribuer à certains magistrats des pouvoirs très étendus. En effet, pour atteindre les coupables, il fallait pouvoir pénétrer dans le domicile des particuliers, y opérer des perquisitions pour saisir les instru-

ments et les preuves du crime ou du délit. Il fallait encore, si le prévenu s'était réfugié chez des tiers, ou s'il avait des complices, que le magistrat eût accès dans toute maison où il présumait pouvoir découvrir les traces de l'acte coupable.

Le droit de perquisition était donc nécessaire pour faciliter l'œuvre de la justice; mais ce droit constitue une grave atteinte au principe de l'inviolabilité du domicile. C'est en raison de la gravité, de l'importance d'un pareil droit, que le législateur en a soumis l'exercice à l'accomplissement de formalités protectrices des libertés publiques.

Rechercher les délits, en rassembler les preuves et en livrer les auteurs aux tribunaux de répression, telle est la mission de la police judiciaire, dont les divers agents sont désignés par les articles 9 et 10 du Code d'instruction criminelle, ainsi conçus :

« Art. 9. — La police judiciaire sera excercée, sous l'autorité des cours royales et suivant les distinctions qui vont être établies, par les gardes champêtres et les gardes forestiers, par les commissaires de police, par les maires et les adjoints de maire, par les procureurs du roi et leurs substituts, par les juges de paix, par les officiers de gendarmerie, par les commissaires généraux de police et par les juges d'instruction.

» Art. 10. — Les préfets dans les départements et le préfet de police à Paris peuvent faire tous les actes nécessaires à l'effet de constater les crimes, délits et contraventions et d'en livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les punir, conformément à l'art. 8 ci-dessus. »

Cette énumération est défectueuse en ce sens qu'elle semble conférer les mêmes attributions à divers officiers de police judiciaire, qui ont cependant des pouvoirs et une compétence territoriale bien différents. Ainsi la loi investit plusieurs magistrats du droit de perquisition ; mais, en règle générale, ce droit appartient au juge d'instruction, tandis qu'il n'est attribué

à d'autres fonctionnaires que dans certains cas spécialement déterminés.

§ I. — Pouvoirs du juge d'instruction

Le juge d'instruction a la plénitude des attributions de la police judiciaire ; il les exerce toutes et dans tous les cas en vertu d'un pouvoir qui lui est propre, tandis que les autres agents ne sont, en quelque sorte, que ses auxiliaires. Le juge d'instruction est le dépositaire et le gardien des plus graves intérêts d'ordre et de justice sociale, et c'est pour lui donner les moyens de les défendre, que le législateur lui a accordé les pouvoirs les plus étendus. En vertu de son droit de perquisition, il peut pénétrer à toute heure du jour dans le domicile des citoyens ; l'intérêt de la répression pouvait seul justifier cette dérogation au principe constitutionnel qui a consacré l'inviolabilité du domicile.

Les art. 87 et 88 du Code d'instruction criminelle définissent les droits du juge d'instruction, mais n'en réglementent pas l'exercice d'une manière bien précise.

« Art. 87. — Le juge d'instruction se transportera, s'il en est requis, et pourra même se transporter d'office dans le domicile du prévenu, pour y faire la perquisition des papiers, effets et généralement de tous les objets qui seront jugés utiles à la manifestation de la vérité ;

» Art. 88. — Le juge d'instruction pourra se transporter pareillement dans les autres lieux où il présumerait qu'on aurait caché les objets dont il est parlé dans l'article précédent. »

Comme on le voit par ces deux articles, les pouvoirs du juge d'instruction sont, pour ainsi dire, illimités ; ajoutons que la loi a compté sur la prudence et la modération de ce magistrat, qualités indispensables et sans lesquelles une pareille autorité deviendrait un danger réel pour la liberté individuelle. Ainsi,

dans l'exercice d'une mission aussi importante que difficile et délicate, un magistrat vraiment sage et éclairé devra s'attacher à suivre scrupuleusement les quelques règles que le législateur lui a dictées pour éclairer sa marche ; il ne perdra pas de vue que toute visite domiciliaire est une vexation pour le citoyen, atteint à la fois dans sa considération et sa liberté ; il n'en usera donc que dans la stricte limite des besoins de l'instruction, c'est-à-dire lorsque, après mûre réflexion, il en aura reconnu la nécessité absolue pour arriver à la découverte de la vérité. Son devoir est de ne jamais exercer inutilement des actes rigoureux, de ne point faire dégénérer la faculté d'investigation que la loi lui accorde, en une inquisition odieuse qui deviendrait en quelque sorte une violation de domicile (1). Si le législateur en a fait un magistrat inamovible, c'est afin qu'il puise dans son indépendance la force et l'impartialité nécessaires à l'accomplissement de ses devoirs. « Son caractère, l'indépendance de ses fonctions; sa mission qui le place au-dessus des partis et lui défend de s'associer à leurs passions, tels sont les motifs qui lui ont fait conférer cette attribution, et telles sont aussi les garanties que la loi a voulu assurer à la liberté civile (2). »

Mais si ses attributions ne sont pas exactement définies, elles sont néanmoins soumises à certaines conditions générales.

Nous savons que dans l'ancien droit, qui cependant n'a pas formulé le grand principe de la liberté individuelle, les perquisitions à domicile ne furent pas abandonnées au caprice de l'autorité judiciaire. D'après la règle admise par Jousse, elles ne devaient avoir lieu que dans les deux cas suivants : 1° après

---

(1) Duverger. *Manuel des juges d'instruction*, T. I, p. 368.

(2) Faustin Hélie. *Traité de l'instruction criminelle,* T. IV, p. 389.

une information fournissant quelque preuve ou indice sérieux contre un accusé ; 2° en cas de flagrant délit (1).

Dans le droit actuel, l'art. 184 du Code pénal ne permet la pénétration dans la demeure du citoyen que *dans les cas prévus par la loi*, c'est-à-dire, en cette matière, dans les cas où l'intérêt de l'instruction exige impérieusement une violation de domicile. Or, ces cas sont spécifiés par les articles 87, 88 et 89 du Code d'instruction criminelle ; d'où il résulte qu'une visite domiciliaire n'est légitime qu'autant qu'il y a crime ou délit constaté et un prévenu, et que l'information a recueilli contre ce dernier des preuves ou indices graves de culpabilité, enfin lorsqu'il y a de sérieuses présomptions que des pièces ou objets utiles à la manifestation de la vérité sont en la possession du prévenu ou cachés chez des tiers.

Voilà les conditions légales, indispensables et sans lesquelles toute perquisition ne serait qu'une vexation odieuse et un abus de pouvoir. « Les visites domiciliaires, dit Mangin, sont des actes d'instruction qui ne peuvent intervenir que dans une procédure formalisée à raison d'un délit commis, qui ne doivent avoir lieu que chez l'individu nommément prévenu de ce délit, et qui ne doivent être étendus à la maison des tiers qu'autant que les charges acquises donnent à présumer que des objets relatifs à ce délit y ont été cachés (2). »

Les règles à suivre par le juge d'instruction dans les visites domiciliaires ont fourni matière à controverse. Pour plus de clarté, nous allons examiner, sous cinq chefs principaux, les difficultés qui se sont élevées dans l'explication des textes législatifs sur cette matière : 1° Réquisition du procureur de la République. — 2° Ordonnance du juge d'instruction. — 3° Assis-

---

(1) Jousse. *De la justice criminelle de France*, T. II, p. 67. Paris, 1771, in-4°.

(2) Mangin. *De l'instruction écrite*, T. I, p. 147.

tance du procureur de la République. — 4° Visites chez les tiers, présence du prévenu. — 5° Droit de délégation.

I. *Réquisition du procureur de la République.* — L'art. 87 du Code d'instruction criminelle dispose que le juge d'instruction se transportera, *s'il en est requis*, et *pourra même se transporter d'office* au domicile du prévenu. Certains auteurs, entre autres Legraverend et Carnot, pensent que ce magistrat est tenu de se transporter au domicile quand il en est requis par le procureur de la République, mais qu'en l'absence de réquisition, son transport est facultatif. Ils fondent leur opinion sur les termes mêmes de l'art. 87, et sur ce passage du rapport de Treilhard dans l'exposé des motifs : « Il devra se transporter quand il sera requis, et même d'office s'il le juge utile, soit dans la maison de l'accusé, soit dans tous les autres lieux où pourraient être cachées des pièces propres à manifester la vérité (1). » Ainsi, d'après ces auteurs, le juge d'instruction serait *obligé* de procéder à une visite domiciliaire dès qu'il en serait requis.

Nous sommes loin de partager cette manière de voir. Les termes de l'art. 87 n'ont pas le caractère impératif qu'on leur a attribué, car il n'est pas possible que la loi ait voulu faire d'un juge d'instruction un subordonné ou un auxiliaire du ministère public. Où serait donc cette haute indépendance qui est pour les citoyens la plus sûre garantie du respect de leur domicile, si ce magistrat était tenu de déférer à toutes les réquisitions du parquet et à celles des particuliers ? Cette théorie doit être repoussée comme portant atteinte à la dignité et à la liberté du juge d'instruction, et nous soutiendrons, avec Mangin et Faustin

---

(1) Legraverend. *Législation criminelle*, T. I, p. 246. — Carnot. *Instruction criminelle*, T. I, p. 375.

Hélie (1), que ce magistrat doit être indépendant du procureur de la République, et libre, par conséquent, d'apprécier l'opportunité des mesures requises. Nous dirons encore, comme ces savants légistes, que les expressions de l'art. 87 : « le juge d'instruction se transportera, *s'il en est requis* », ont en vue les cas les plus fréquents, ceux où il reconnaît l'utilité des perquisitions demandées ; qu'elles ne sont pas plus impératives que celles de l'art. 71, où il est dit que « le juge fera citer devant lui les personnes indiquées dans la dénonciation ». Dans ce dernier cas, en effet, n'accorde-t-on pas au juge la faculté de ne pas entendre tous les témoins désignés (2) ?

II. *Ordonnance du juge d'instruction.* — Le juge d'instruction doit-il rendre une ordonnance à l'effet de prescrire son transport sur les lieux ? Les auteurs sont partagés sur la question. Exigée dans l'ancien droit (3), cette formalité fut prescrite par la loi du 16 septembre et le Code de brumaire an VI (art. 108) ; mais le Code d'instruction criminelle est resté muet là-dessus. Pour les uns, ce silence équivaut à une abrogation tacite de la législation antérieure, et ils ont considéré l'ordonnance préalable comme une vraie superfétation, « le juge n'ayant pas à ordonner ce qu'il doit exécuter lui-même » (4). Pour d'autres, au contraire, ce silence ne serait que la confirmation pure et simple des anciens textes, puisque les rédacteurs du Code se sont inspirés des dispositions de l'ordonnance de 1670, auxquelles ils n'auraient pas dérogé sans le déclarer expressément. Ces derniers concluent encore à la nécessité de l'ordonnance préa-

---

(1) Mangin. *Op., cit.* I, 148. — Faustin Hélie. *Op. cit.*, II, n° 180.

(2) Il convient d'ajouter que nous avons contre ce système un arrêt de la Cour de Grenoble du 14 octobre 1824.

(3) Jousse. *Op. cit.*, II, 62 ; IV, 479.

(4) Legraverend. *Op. cit.*, I, 239.

lable, en s'appuyant sur les termes de l'art. 47 du Code d'instruction criminelle qui prescrivent au juge, avant de commencer une instruction, de rendre une ordonnance de *soit communiqué*. « Cette disposition, dit M. Faustin Hélie, indique que dans la pensée de la loi l'ordonnance du juge doit, comme dans l'ancienne jurisprudence, précéder l'exécution de l'acte ordonné ; qu'elle distingue le droit et le fait, l'appréciation de l'utilité de la mesure et l'exécution même de cette mesure (1). » Malgré l'opinion contraire résultant d'un arrêt de la Cour de cassation (2), nous nous rangeons à l'avis du savant auteur que nous venons de citer. D'ailleurs nous allons voir que dans un cas particulier, le cas de refus du ministère public d'assister le juge d'instruction dans une visite domiciliaire, l'ordonnance préalable, avec la seule présence du greffier du tribunal, est suffisante pour assurer la régularité des opérations du magistrat instructeur.

III. *Assistance du procureur de la République.* — Aux termes de l'article 62 du Code d'instruction criminelle, le juge d'instruction ne peut pas procéder seul à une visite domiciliaire : « Quand il se transporte sur les lieux, il doit être accompagné du procureur de la République et du greffier du tribunal. »

D'après l'art. 59 du même Code, il n'est pas soumis à cette obligation dans le cas de flagrant délit, et il peut alors agir d'office. Mais dans tous les autres cas, il devra requérir l'assistance du procureur, puisqu'il ne saurait faire aucun acte d'instruction sans en donner communication au ministère public. Supposons, cependant, que le procureur de la République refuse de déférer à la réquisition du juge d'instruction ; que devra faire ce dernier ? S'il passe outre au refus et agit seul,

(1) Faustin Hélie. *Op. cit.*, IV, 368.

(2) *Cass. civ.*, 5 floréal an XIII.

la perquisition faite dans ces conditions ne sera-t-elle pas entachée d'irrégularité ?

Nous sommes ici en présence de deux systèmes. Dans le premier, soutenu par Carnot et Bourguignon (1), le juge d'instruction, en cas de refus du procureur, devrait s'adresser à son substitut, et, si ce dernier était absent ou empêché, demander au tribunal de déléguer un de ses membres pour remplir les fonctions de ministère public. Toutefois, M. Carnot est d'avis que si le procureur ne se transportait pas sur les lieux ou n'avait pas été suppléé à temps, le juge pourrait procéder régulièrement en son absence ; car, dit-il, « le législateur n'a pu vouloir que le défaut de présence du procureur du Roi requis pût mettre obstacle aux opérations du juge d'instruction, lorsque le retard apporté aux recherches et aux poursuites serait irréparable et définitif ».

Dans un second système, on n'admet pas qu'en cas de refus du procureur de la République, le juge d'instruction doive s'adresser au substitut. En effet, l'art. 26 du C. d'instr. crim., sur lequel les premiers auteurs fondent leur théorie, ne parle que « d'empêchement ou d'absence », deux motifs qui n'ont rien de commun avec le *refus*, auquel ils ont, à tort, voulu les assimiler. Et d'abord, quel est le substitut qui voudrait, au mépris des convenances et des règles de la hiérarchie, prendre la place de son supérieur quand celui-ci se croirait fondé à ne pas agir ? Au surplus, l'indivisibilité du ministère public ne permet pas d'appeler ses membres les uns après les autres.

Bien que les avis soient partagés sur cette question, nous pensons, comme Faustin Hélie et Duverger, qu'il n'appartient pas au ministère public d'entraver par son refus la mission du juge d'instruction. A l'appui de cette opinion nous avons un

---

(1) Carnot. *Op. cit.*, I, 298. — Bourguignon. *Jurisprudence des C. crim.*, T. I, p. 298.

arrêt de la Cour de Montpellier, qui a décidé « qu'il ne peut dépendre du procureur du Roi, en refusant de s'associer aux actes de l'instruction pour lesquels son assistance est nécessaire, de paralyser entre les mains du juge d'instruction les pouvoirs qu'il tient de la loi, et d'entraver ou de suspendre ainsi la marche de l'instruction ; que, dès lors, le juge d'instruction a été suffisamment autorisé à déclarer par son ordonnance qu'il effectuerait son transport accompagné seulement de son greffier (1) ».

IV. *Visites chez les prévenus et les tiers.* — En matière de perquisition à domicile, les particuliers trouvent de sérieuses garanties dans les dispositions des art. 35 à 39 du C. d'instr. crim. Il est vrai que ces articles concernent les visites opérées par le procureur de la République, mais l'art. 89 du même Code les déclare applicables au juge d'instruction. L'art. 39 dispose que les opérations prescrites seront faites en présence du prévenu, s'il a été arrêté, et, s'il ne veut ou ne peut y assister, en présence d'un fondé de pouvoir qu'il pourra nommer. Le prévenu arrêté peut-il être forcé d'assister aux opérations du juge? Quelques auteurs soutiennent l'affirmative (2). D'après eux, les mots « s'il ne veut ou ne peut » se rapporteraient au cas où le prévenu arrêté ne peut être transporté au lieu de la perquisition, et au cas où il n'a pas été arrêté. Pour nous, l'expression « s'il ne peut » se réfère plutôt au cas où le prévenu, même arrêté, refuse d'assister aux opérations du magistrat instructeur. Cette solution résulte aussi bien des termes mêmes de l'art. 39 que de la construction grammaticale de la phrase. Il est évident que si la loi a prescrit la présence du prévenu,

---

(1) Cour de Montpellier, 25 juin 1846.

(2) Mangin. *Instruction écrite*, I, 251.

c'est autant dans l'intérêt de ce dernier que dans celui de la justice ; il est donc libre d'y renoncer (1).

On s'est demandé si un prévenu non arrêté pouvait se faire représenter par un fondé de pouvoir. M. Duverger, en cela d'accord avec la jurisprudence, pense que la loi n'autorise le prévenu qu'autant qu'il est arrêté. La Cour de cassation a décidé que la perquisition peut se faire en l'absence du prévenu, et que son arrestation postérieure n'oblige pas le magistrat instructeur à la recommencer (2). A défaut de fondé de pouvoir, le décret du 1er mars 1854 prescrit au juge de se faire assister par deux témoins.

Lorsque la visite a lieu chez des tiers, les règles de l'art. 39 reçoivent également leur application. Le prévenu doit y assister, ainsi que le tiers au domicile duquel a lieu la perquisition. Ce dernier peut, comme le prévenu, se faire représenter par un fondé de pouvoir. Bien que la loi ne prescrive pas la présence du propriétaire de la maison visitée, on comprend néanmoins la nécessité de l'inviter à se présenter à des opérations où il peut utilement renseigner la justice et en même temps sauvegarder ses propres intérêts.

La loi accorde au juge d'instruction le droit de saisir tous les papiers qui peuvent être utiles à la découverte de la vérité. Elle ne veut pas que la recherche du crime puisse être arrêtée ou entravée par l'inviolabilité du domicile alors que le juge est fondé à croire qu'un tiers détient ou recèle des pièces de conviction.

Ici se pose une question qu'il nous paraît intéressant et utile d'examiner avec quelques détails. Parmi ces tiers, ne se trouve-t-il pas une catégorie de personnes qui, en raison de leur caractère et de la mission dont ils sont investis, sembleraient

---

(1) Mangin. *Op. cit.* — Carnot. *Op. cit.*, I, 147.

(2) *Cour cass. crim.*, 3 octobre 1811.

devoir échapper à la règle commune ? Le juge d'instruction a-t-il, par exemple, le droit de faire une perquisition chez un avocat, un avoué ou un notaire?

A. — Pour les *avocats* et les *avoués*, la question avait été déjà soulevée dans l'ancien droit, et résolue dans le sens de la négative.

Par un arrêt du 12 février 1672, le Parlement de Toulouse confirma la nullité d'une saisie opérée dans l'étude d'un procureur, et ordonna la restitution des lettres et papiers, qu'il considérait comme insaisissables, entre les mains de leurs dépositaires. « L'avocat, le jurisconsulte, disait M. l'avocat général Gilbert Desvoisins, est nécessaire aux citoyens pour la conservation et la défense de leurs biens, de leur honneur et de leur vie. Il est établi par la loi, et autorisé par l'ordre public dans des fonctions si importantes. La confiance de son client lui est surtout nécessaire pour s'en acquitter, et où le secret n'est point assuré, la confiance ne peut être. Ce sont donc les lois elles-mêmes qui, en instituant l'avocat, *lui imposent la loi du secret*, sans laquelle son ministère ne peut subsister, et ses fonctions sont impossibles. »

Le secret professionnel constitue pour les parties la plus haute des garanties, il est indispensable à la profession d'avocat, et cependant le législateur n'a pas créé de privilège spécial au profit de l'avocat ou de l'avoué ; il a craint, sans doute, en établissant des exceptions formelles, d'apporter des entraves aux investigations de la justice. Les meilleurs criminalistes ont tâché de résoudre cette question délicate, en établissant une distinction qui puisse concilier les exigences du Code avec les égards dus au secret professionnel.

Si c'est l'avocat ou l'avoué qui est incriminé, alors pas de doute, il rentre dans la règle commune ; le droit de perqui-

sition et de saisie est incontestable (1), puisque le juge a une entière liberté d'action à l'égard de tout prévenu, quel qu'il soit, pour la recherche des instruments et des preuves du délit. S'agit-il, en dehors d'une inculpation personnelle, de faits étrangers à la profession d'avocat ou d'avoué, il est encore sous l'empire du droit commun; son cabinet ainsi que sa demeure peuvent être soumis aux perquisitions du magistrat instructeur, qui doit s'emparer de tout ce qu'il juge utile à la manifestation de la vérité. Il est à peine besoin de faire observer que, dans ce cas, le juge usera de la plus grande circonspection ; persuadé qu'il peut avoir entre ses mains l'honneur d'une famille, ou le salut d'un accusé, il mettra la vérité en lumière sans blesser aucun intérêt légitime, et rejettera toute pièce ou papier étrangers à la cause qu'il instruit.

Mais si, au contraire, il s'agit de rechercher des pièces ou papiers remis à l'avocat par le prévenu qu'il est chargé de défendre, il est de jurisprudence que le magistrat instructeur doit s'abstenir de toute perquisition. « Le cabinet de l'avocat en fonctions doit être aussi respecté par la police judiciaire, comme par les huissiers et gardes de commerce, en tant qu'il s'agirait de rechercher la personne d'un client ou des pièces de conviction contre celui-ci, et sauf le droit qui appartient à la justice d'agir contre un avocat, de même que contre tout autre individu, pour les délits qui lui sont personnels (2). »

Il paraît hors de conteste que si l'avocat doit garder le secret le plus absolu sur les révélations confidentielles de son client, il ne peut pas, *a fortiori*, être tenu de livrer les papiers qui lui ont été confiés dans l'intérêt de la défense ; c'est un dépôt sacré qui doit être à l'abri de toute perquisition, et il est fâcheux que la loi ne l'ait pas déclaré formellement. « Il

---

(1) Mollot. *Règles de la profession d'avocat*, p. 157.

(2) Achille Morin. *De la discipline des Cours et Trib.*, t. I, p. 125.

est évident, a dit un savant criminaliste, que le principe qui soustrait l'avocat à l'obligation du témoignage, ne peut être restreint au témoignage de la parole ; il est évident que son cabinet doit être à l'abri des recherches qui auraient pour objet de découvrir les indices ou les preuves de délits imputés à ses clients (1). » Ne serait-il pas contradictoire que le juge d'instruction lui reconnût d'une part le droit de garder le silence, et pût, d'un autre côté, fouiller et saisir ses papiers ?

B. — En ce qui concerne les *notaires,* doit-on admettre la distinction établie en faveur des avocats et des avoués? Ici encore les avis sont partagés ; nous dirons même que cette distinction est absolument rejetée par certains auteurs. La question de savoir si le juge d'instruction a le droit de se transporter dans l'étude d'un notaire sur lequel ne pèse aucune inculpation, et d'y faire des perquisitions pour rechercher et saisir une minute d'acte authentique, a été soumise à la Cour d'appel de Toulouse. Celle-ci n'a pas cru nécessaire de trancher la difficulté et de formuler une doctrine. Son arrêt, en date du 22 mai 1883, se borne à rappeler les diverses dispositions législatives visées par le premier juge, qui avait nettement refusé le droit de visite au magistrat instructeur, et à faire ressortir les difficultés que présente la combinaison de ces textes (2).

Les partisans du droit de perquisition s'appuient sur la loi du 25 ventôse an XI, qui autorise le déplacement des actes dans les cas prévus par la loi ; sur les art. 52 et 54 de la loi du 22 frimaire an VII, en vertu desquels les préposés de l'Enregistrement peuvent prendre connaissance et même copie des

---

(1) Faustin Hélie. *Op. cit.*, II, 114.

(2) *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse* (Lecture faite par M. Paul Gardelle, 13 mai 1883).

actes déposés chez les notaires ; enfin sur les art. 452 et 454 du C. d'instr. crim., 201 et 221 du C. de proc. civ., qui prescrivent au notaire le dessaisissement de la minute : 1° lorsqu'elle est arguée de faux et constitue le corps du délit ; 2° lorsqu'elle peut servir de pièce de comparaison dans une vérification d'écriture criminelle ou civile. « Ne serait-il pas étrange, dit Faustin Hélie, que les art. 452 et 454, qui ne sont que des corollaires du principe posé par les art. 88 et 89, eussent réglé dans un cas particulier l'application d'une mesure qui ne serait pas contenue dans le principe lui-même ? Ne serait-il pas contradictoire que le juge ne pût ordonner en matière de banqueroute, d'escroquerie, de concussion, un moyen d'instruction qu'il peut ordonner en matière de faux ? »

Certains légistes, adversaires de ce système, ont objecté que les notaires sont, par la nature de leurs fonctions, les conseils des familles et les dépositaires de leurs secrets, et que ce titre devrait suffire pour assurer l'inviolabilité de leur étude.

Nous répondrons à cette considération, très respectable d'ailleurs, qu'on ne saurait raisonnablement assimiler l'étude du notaire au cabinet de l'avocat ou de l'avoué. Si l'on a admis une exception en faveur de ces derniers, cette exception se justifie par le droit sacré de la défense qui prime tous les autres, et ne peut être étendue aux notaires, dont la mission est tout autre.

La Cour de cassation (1) a décidé qu'il ne suffit pas au notaire requis de déposer, d'alléguer, à l'appui de son refus, que le fait n'est venu à sa connaissance que dans l'exercice de ses fonctions ; que ce n'est que dans le seul cas où les faits sur lesquels ils sont interrogés leur ont été révélés *sous le sceau du secret*, que les notaires peuvent être dispensés de déposer... « Mais que cette dispense doit être restreinte au

(1) *Journal du droit criminel*, 1853, p. 202.

cas seulement où elle est strictement nécessaire à l'exercice des fonctions notariales ».

Se fondant sur les motifs de cet arrêt et sur l'art. 23 de la loi de l'an XI relatif à la *défense de divulguer* (art. 378 C. pénal), M. Faustin Hélie assimile aux révélations orales faites sous le sceau du secret le dépôt de pièces fait à titre confidentiel ; en ce cas, il pense que le juge d'instruction devrait s'arrêter devant une déclaration formelle du notaire.

Cette distinction a été repoussée par certains criminalistes. Il n'est pas possible, disent-ils, d'assimiler un dépôt de papiers à une confidence de vive voix. « Que le juge ne puisse forcer le témoignage de celui qui, par les nécessités de son état, a connu les circonstances du crime, cela se conçoit ; mais que le dépôt confidentiel d'une pièce de conviction chez un notaire puisse arrêter la marche de la justice, voilà ce qui ne peut se concevoir. Rien n'obligeait ce notaire à recevoir ce dépôt. Pourquoi objecterait-il une promesse de secret à l'égard d'un dépôt que son devoir lui ordonnait même de refuser ? (1) »

V. — *Droit de délégation.* — Un autre point, sur lequel on est en désaccord, est celui de savoir si le juge d'instruction peut déléguer à un juge de paix ou à tout autre officier de police judiciaire, le droit de faire des perquisitions dans le domicile des particuliers.

Les partisans de l'affirmative, tels que MM. Legraverend, Bourguignon, Duverger, Serrigny (2), basent leur théorie sur les dispositions des art. 83 et 84 du Code d'instruction criminelle, relatifs aux cas où le juge d'instruction peut déléguer à sa place un juge de paix pour entendre des témoins. Dans

(1) Dalloz. *Répert.*, v° *Instr. crim.*, n° 350.

(2) Legraverend. *Op. cit.*, I, 239. — Bourguignon. *Op. cit.*, I, 195.

leur opinion, les art. 87 à 90, qui règlent la marche de l'instruction, ne défendent pas au magistrat instructeur de se faire suppléer par un juge de paix de son arrondissement. Pour Serrigny, l'art. 52, qui permet au procureur de la République de déléguer l'exercice de son droit de perquisition, doit, *a fortiori*, accorder le même pouvoir au juge d'instruction. « Car, dit-il, le juge d'instruction est le magistrat ordinaire de droit commun pour faire les visites domiciliaires ; il tient ce pouvoir du titre même de ses fonctions. Or il est de principe que *ea quæ jure magistratus competunt mandari possunt* (1). » Il y aurait, en outre, de graves inconvénients à imposer au juge le devoir absolu de se transporter à toutes les visites domiciliaires. Dans le cas, par exemple, où plusieurs crimes auraient été commis simultanément ou à courts intervalles sur divers points de l'arrondissement, il résulterait de cette obligation, outre des dépenses considérables, des retards préjudiciables à la découverte de la vérité. Enfin, la jurisprudence a consacré cette opinion par deux arrêts fondés sur les arguments que nous venons d'exposer (2).

Les adversaires de ce système répondent à ces divers arguments : Trois articles du Code d'instruction criminelle confèrent au juge d'instruction le droit de se faire suppléer par commission rogatoire. Ce sont : 1° les art. 83 et 84, quand il y a lieu de recevoir la déposition de témoins éloignés ; — 2° l'art. 90, lorsqu'il s'agit de la recherche de papiers ou d'effets éloignés du lieu de l'instruction ; — 3° l'art. 52, dans les cas de flagrant délit.

1° Les attributions sont de droit étroit et ne peuvent être

---

(1) Serrigny. *Droit publ. des Français*, I, 415.

(2) Grenoble, 16 déc. 1840 (*Journ. du dr. crim.*, XIII, p. 122). — *C. Cass.*, 6 mars 1841.

étendues au delà de ce qui est expressément réglé par la loi. Or les art. 83 et 84 sont relatifs uniquement à l'audition de témoins empêchés ; on ne saurait, par conséquent, par voie d'analogie, étendre le droit de délégation à une visite domiciliaire, qui est un acte autrement grave qu'une simple audition de témoins. Tel n'a pas été, cependant, l'avis de la Cour de cassation, qui a décidé que le juge d'instruction peut déléguer un ou plusieurs juges de paix de son arrondissement non-seulement pour entendre des témoins dans les cas prévus par la disposition non limitative de l'article 83 du Code d'instruction criminelle, mais aussi pour procéder aux perquisitions de papiers, effets et autres objets de nature à constater l'existence et les circonstances des crimes et délits : « Attendu qu'on ne saurait dénier au juge d'instruction un pouvoir que l'art. 52 accorde au procureur de la République pour les cas de flagrant délit, et qu'un système contraire entraverait incessamment la marche de la justice. »

2° L'art. 90 dispose que « si les papiers ou effets dont il y aura lieu de faire la perquisition sont hors de l'arrondissement du juge d'instruction, il requerra le juge d'instruction du lieu où l'on peut les trouver de procéder aux perquisitions prescrites par les articles précédents (art. 87-89). » Ainsi le texte est formel: en dehors de l'arrondissement, la loi veut que les perquisitions soient faites par le juge d'instruction du lieu, et non par tout autre officier de police judiciaire.

3° L'art. 52 permet au procureur de la République, dans le cas de flagrant délit, de déléguer son droit de perquisition à ses auxiliaires. Les dispositions des art. 35-39, concernant la saisie des objets dont la perquisition doit être faite par le procureur de la République, *dans le cas de flagrant délit*, sont communes au juge d'instruction ; d'où résulte

évidemment pour ce dernier le même droit de délégation. On répond à ce dernier argument qu'il n'a rien de concluant, car il ne vise qu'un cas tout spécial et limitatif ; vouloir l'étendre à d'autres circonstances, ce serait fausser le texte et l'esprit de la loi. Au surplus, si l'art. 52 accorde au procureur de la République le droit de délégation, c'est qu'il s'agit d'un acte urgent, dans lequel les règles ordinaires de l'instruction sont suspendues pour faire place à une procédure plus rapide. D'ailleurs, on sait qu'aux termes de l'art. 89 du C. d'instruction crim., tous les officiers de police auxiliaires, ainsi que nous le verrons plus loin, peuvent d'office, au cas de flagrant délit, faire les visites et les autres actes qui sont de la compétence du procureur de la République. Ce magistrat ne délègue donc à ses auxiliaires que des pouvoirs qu'ils tiennent déjà de la loi.

Reste l'objection tirée des lenteurs que subirait la marche de la justice lorsque, chargé d'instructions multiples, le juge serait appelé à faire des perquisitions sur plusieurs points de son arrondissement. Etant donné le peu d'étendue de chaque ressort et la rapidité actuelle des communications, cet argument a perdu aujourd'hui une grande partie de sa valeur. On peut ajouter encore que la plupart des infractions autorisent la procédure des flagrants délits, qui donne le droit de perquisition à tous les officiers de police judiciaire.

Que pourrions-nous conclure des diverses opinions émises tour à tour pour justifier ou combattre le droit de délégation ? Nous voudrions pouvoir concilier les droits sacrés de la justice avec les principes protecteurs de l'inviolabilité du domicile. Si, dans la pratique et sous prétexte d'économie, on commet indistinctement tous les officiers de police auxiliaires du procureur de la République à l'effet d'opérer des visites domiciliaires, même hors des cas de flagrant délit, c'est là une cou-

tume qui nous paraît vicieuse et illégale. Nous reconnaissons volontiers que la justice doit arriver à son terme, la société y a tout intérêt ; mais que ce ne soit pas au préjudice du principe fondamental de la liberté individuelle. Or, que deviennent les garanties que la loi assure au citoyen, si son domicile est arbitrairement livré aux perquisitions d'un officier de gendarmerie ou même d'un simple commissaire de police ? Nous admettons que le juge d'instruction devrait pouvoir déléguer une partie de ses attributions dans des circonstances impérieuses, telles, par exemple, que la pluralité de délits commis à la fois dans diverses localités de l'arrondissement ; mais, à notre avis, le juge de paix est le seul officier de police judiciaire à qui le droit de perquisition puisse être délégué. « Lui seul, à raison de son caractère de magistrat, a des pouvoirs que n'ont pas les commissaires de police inférieurs, et présente, pour la majorité des citoyens, les garanties qui manquent à ceux-ci (1) ».

C'est dans ce sens que s'exprime le rapporteur du projet de réforme du Code d'instruction criminelle : « Cette opération si grave (perquisition à domicile), qui peut intéresser des tiers, exige chez celui qui l'exécute beaucoup de tact et de délicatesse ; comme toutes les mesures qui constituent une atteinte à la liberté des individus et à l'inviolabilité du domicile, elle ne doit être confiée qu'à des magistrats dont le caractère est à lui seul une garantie contre l'arbitraire (2). »

---

(1) Dalloz. *Répert.*, V° Instr. crim., n° 583.

(2) Rapport de M. Bovier-Lapierre (Ch. des députés, séance du 15 janvier 1891).

§ II. — Pouvoirs du Procureur de la République et de ses auxiliaires.

En principe, le juge d'instruction a seul le droit de faire des visites domiciliaires. Mais, dans certaines circonstances exceptionnelles, le législateur a cru devoir déroger aux règles de la procédure ordinaire, d'après lesquelles les pouvoirs du juge d'instruction et ceux du procureur de la République sont actuellement divisés. C'est ainsi que, dans le cas de flagrant délit, il a investi le procureur de la République et ses auxiliaires du droit de faire les actes d'instruction qui sont ordinairement réservés au magistrat instructeur. Une aussi grave exception était justifiée par la nécessité d'agir avec promptitude, afin d'empêcher la fuite du coupable, ou le dépérissement des preuves du crime. « C'est dans ce moment surtout, disait Treilhard, qu'on peut saisir utilement tous les indices (1) ».

Le texte des art. 32 et 36 du Code d'inst. crim. relatifs au cas de flagrant délit est ainsi conçu :

« Art. 32. Dans le cas de flagrant délit, lorsque le fait sera de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante, le procureur de la République se transportera sur le lieu, sans retard, pour y dresser les procès-verbaux nécessaires à l'effet de constater le corps du délit, son état, l'état des lieux, et pour recevoir les déclarations des personnes qui auraient été présentes ou qui auraient des renseignements à donner.

» Le procureur de la République donnera avis de son transport au juge d'instruction, sans être toutefois tenu de l'attendre pour procéder, ainsi qu'il est dit au présent chapitre.

» Art. 36. Si la nature du crime ou du délit est telle que la preuve puisse vraisemblablement être acquise par les papiers

---

(1) Exposé des motifs. (Séance du 7 novembre 1808).

ou autres pièces et effets en la possession du prévenu, le procureur de la République se transportera de suite dans la maison du prévenu, pour y faire la perquisition des objets qu'il jugera utiles à la manifestation de la vérité. »

L'art. 46 consacre une seconde exception aux règles de la compétence ; nous l'examinerons plus loin, dans un paragraphe spécial.

Il résulte de la lecture de ces textes que deux conditions sont nécessaires pour légitimer l'intervention personnelle et directe du procureur de la République : 1° un délit flagrant, c'est-à-dire urgence extrême ; 2° un fait de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante. En dehors de ces deux conditions essentielles, toute perquisition du procureur dans une maison privée constitue un abus de pouvoir et une violation de domicile passibles des peines édictées par l'art. 184 du Code pénal.

Tous les actes de la compétence du procureur de la République dans le cas de flagrant délit, sont attribués par l'art. 49 du C. d'instr. crim. aux officiers de police auxiliaires qui sont : les juges de paix, les officiers de gendarmerie, les commissaires de police généraux (aujourd'hui supprimés), les commissaires de police, les maires et les adjoints de maire. Les gardes champêtres et forestiers ne sont officiers de police judiciaire que pour la recherche et la poursuite des délits ruraux et forestiers.

L'art. 52 autorise le procureur de la République à charger les officiers de police auxiliaires de partie des actes de sa compétence. Toutefois il ne doit pas abuser de cette faculté. « Il ne doit déléguer que les actes qu'il ne pourrait faire lui-même sans nuire à la recherche et à la constatation du délit (1). »

Examinons, maintenant, les conditions sous lesquelles le

(1) Carnot. *Op. cit.*, I, 274.

ministère public, qui en principe n'est que partie poursuivante, réunit temporairement le droit de poursuite au droit d'instruction. Nous verrons ensuite quelle est l'étendue des pouvoirs que la loi lui confère dans ces cas exceptionnels.

I. *Flagrant délit.* — Quels sont les caractères constitutifs du flagrant délit? Ils se trouvent spécifiés dans l'art. 41 du C. d'instr. crim. et l'art. 156 de l'ordonnance du 29 octobre 1820 sur le service de la gendarmerie. D'après l'art. 41, « le délit qui se commet actuellement ou qui vient de se commettre est un flagrant délit. Sont aussi réputés flagrant délit les cas où le prévenu est poursuivi par la clameur publique, et celui où il est trouvé saisi d'effets, armes, instruments ou papiers faisant présumer qu'il est auteur ou complice, pourvu que ce soit dans un temps voisin du délit. »

Après cette définition du flagrant délit, disait Treilhard dans l'exposé des motifs, il ne pourra plus s'élever à cet égard de doute raisonnable (1). » En dépit de l'affirmation de Treilhard, on ne peut s'empêcher de reconnaître que le Code laisse quelque peu dans le vague ces expressions *délit qui vient de se commettre*, et *temps voisin du délit*. Il serait à désirer que le législateur se fût exprimé avec plus de précision ; mais il a cru, suivant Carnot, « devoir laisser quelque chose à la discrétion du procureur du Roi, qui doit avoir égard, en de pareilles circonstances, au plus ou moins de gravité du délit, à la bonne ou à la mauvaise réputation du prévenu ».

Quoi qu'il en soit, il n'est pas toujours facile de distinguer sur-le-champ s'il y a délit flagrant ou non ; aussi le procureur de la République doit-il bien se garder de donner à son droit exceptionnel et limité une extension contraire à la loi. Il agira donc sagement si, concevant quelques doutes sur le caractère

---

(1) Locré. *Législation de la France*, T. XXV, p. 241. — Paris, 1831.

du délit, il s'abstient de toute perquisition à domicile et se borne à requérir le juge d'instruction. De même encore, si, après s'être transporté sur les lieux, ce magistrat reconnaît que le délit a cessé d'être flagrant, il doit alors se reconnaître incompétent pour faire les actes énoncés dans l'art. 32.

Il a été jugé qu'une chambre d'accusation qui reconnaît que le délit a cessé d'être flagrant, ne peut autoriser le procureur à se transporter sur les lieux en vertu de l'art. 32. « Attendu, dit l'arrêt, que si le délit avait cessé d'être flagrant, comme la Cour (de Montpellier) l'avait reconnu, elle ne pouvait pas autoriser le procureur du roi à se transporter sur les lieux, les Cours royales *ne pouvant augmenter ni restreindre* les pouvoirs que la loi confère au ministère public (1). »

II. *Gravité du fait.* — Il ne suffit pas qu'il y ait flagrant délit dans le sens de la loi, il faut aussi *un fait de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante.* La gravité des faits qualifiés crimes a pu seule déterminer le législateur à faire exception à la règle générale de la compétence. Aussi le procureur de la République et ses auxiliaires doivent-ils s'abstenir de tout acte d'information lorsqu'ils se trouvent en présence d'un délit qui, bien que flagrant, n'est passible que d'une peine correctionnelle. Les art. 32, 40 et 106 du Code d'instr. crim. sont formels et ne comportent aucune restriction (2). Plus explicite encore que les textes précités, l'art. 157 de l'ordonnance du 29 octobre 1820 ne permet aucun doute sur cette importante distinction. « Toute infraction, porte cet article, qui par sa nature est seulement punissable de peines correctionnelles, ne peut constituer un flagrant délit. Les offi-

(1) *C. cass. crim.*, 30 sept. 1826.

(2) Il en est autrement dans le cas de l'art. 46, dont nous parlerons dans le paragraphe suivant.

ciers de gendarmerie ne sont point autorisés à faire des instructions préliminaires pour la recherche de ces infractions. Le flagrant délit doit être un *véritable crime* contre lequel une peine afflictive ou infamante est prononcée. — Ces prescriptions concernant les officiers de gendarmerie s'appliquent également aux autres auxiliaires du procureur de la République en vertu de l'art. 49 qui, comme nous l'avons vu plus haut, leur attribue tous les actes de la compétence de ce magistrat dans le cas de l'art 32.

Si les termes de l'art. 157 de l'ordonnance de 1820 sont clairs et formels, il n'en est point de même de l'art. 36 du C. d'instr. crim. C'est ainsi qu'on a voulu tirer des premiers mots, « si la nature du crime *ou du délit* », cette conclusion que le procureur de la République et ses auxiliaires ont, lorsqu'il y a flagrance de *délit* seulement, la même compétence que leur confère l'art. 32 dans le cas de *crime* proprement dit. Il est facile de combattre cette conclusion en faisant remarquer d'abord que l'art. 36 ne peut être considéré que comme le développement, la mise à exécution de l'art. 32 ; ensuite, et c'est bien ce qui explique sa présence au moins inutile dans l'art. 36, le mot délit n'a pas toujours eu la signification technique sur laquelle tout le monde est d'accord aujourd'hui : çà et là, dans le Code, nous le trouvons employé mal à propos dans son sens générique, c'est-à-dire comme synonyme d'infraction, comprenant à la fois le crime et le délit. Nous ne donnerons comme preuve de cette confusion regrettable que le § 4 de l'art. 16 du C. d'instr. crim. ainsi conçu : « lorsque ce *délit* emportera la peine d'emprisonnement *ou une peine plus grave.* »

S'il subsiste encore une difficulté pour le ministère public et ses auxiliaires, c'est celle de distinguer de prime abord la gravité de la peine résultant d'une infraction dont ils ont à connaître, difficulté qui leur impose la plus grande réserve,

surtout si le moindre doute vient à s'élever dans leur esprit.

Malgré la précision des textes sur la matière qui nous occupe, on a voulu étendre les attributions du procureur de la République aux cas de crime non flagrant et même de simple délit ; et, à l'appui de cette opinion, on a invoqué les termes d'une circulaire que le procureur royal du Tribunal de la Seine adressait, en 1817, aux auxiliaires de son ressort. Ce document mérite d'être cité en partie, au moins pour la nouveauté et la hardiesse de sa théorie : « Quoique la loi ne *semble* vous charger de dresser des procès-verbaux qu'en cas de crime et de flagrant délit, cependant l'usage, introduit par la nécessité, veut que vous en dressiez aussi *hors le cas de flagrant délit*, et même quand il s'agit seulement d'un *fait correctionnel*. Si vos procès-verbaux, dans ce cas, paraissent n'avoir pas la même force, ils servent au moins de renseignement. Un crime *ou un délit* vous sont-ils déférés, vous devez sans retard vous transporter sur les lieux, en décrire scrupuleusement l'état,..... faire comparaître devant vous le prévenu,..... faire sans délai perquisition dans ses divers *domiciles*, dans ceux de *ses concubines* ou de ses affidés (1). »

Nous ne pouvons dire qu'un mot de cette circulaire : c'est qu'elle est en opposition directe avec la lettre et l'esprit des lois et ordonnances sur la matière ; et ce n'est pas sans une certaine surprise que l'on a vu de bons criminalistes (2) adopter sur quelques points les théories de son auteur. Quoi qu'on en dise, la loi est précise, formelle ; l'*usage fondé sur la nécessité* ne saurait en excuser la violation.

Enfin, pour démontrer avec plus de force que le législateur a bien entendu limiter au flagrant délit seulement le droit d'in-

---

(1) Cité par Boitard. *Leçons sur les C. pénal et d'instr. crim.*, 4e édit., p. 295.

(2) Boitard, Duverger. *Op. cit.*

formation du procureur de la République, citons un passage du discours prononcé par Cambacérès devant le Conseil d'Etat, qui adopta son avis : « Dans le cas de flagrant délit, peu importe par qui le fait est constaté. Il n'y a nul inconvénient, par exemple, à ce que le procureur impérial constate qu'on a trouvé un cadavre ; mais il serait très dangereux de lui accorder le même pouvoir hors du flagrant délit ; de l'autoriser, par exemple, à s'introduire, sur des soupçons légers, quelquefois imaginaires, dans un lieu habité, sous prétexte qu'une personne qui vient de décéder a péri de mort violente, à se faire accompagner d'un chirurgien pour vérifier le fait, à prendre les déclarations des domestiques, à visiter les papiers et les endroits les plus secrets, à décerner des mandats contre qui il juge à propos, et à renvoyer devant le juge d'instruction les personnes que, dans son humeur soupçonneuse ou dans l'intention de vexer, il lui plaira de regarder comme suspectes. Qui ne tremblerait en voyant tomber chez lui un seul homme revêtu d'un pouvoir aussi inquisitorial (1)? »

III. *Etendue de l'art. 36.* — Cet article a fourni matière à controverse. Néanmoins, il résulte nettement de ses dispositions que les visites domiciliaires permises au procureur dans le cas de flagrant délit, ne peuvent être faites, à la différence de ce qui est admis pour le juge d'instruction, que dans le domicile du prévenu, sauf le cas où il s'agit de fabrication de fausse monnaie, faux papiers d'Etat, faux billets de banque, etc. (2). Mais pourrait-il faire perquisition dans une maison où il *croirait* pouvoir découvrir des pièces de conviction? La négative ne saurait être douteuse : dans ce cas, le procureur de la République ne peut qu'adresser une réquisition au

(1) Locré. *Op. cit.*, XXV, 147-148.
(2) *C. instr. crim.*, art. 464.

juge d'instruction, seul compétent pour de pareilles visites.

N'oublions pas que l'art. 36 constitue une exception à la règle générale, et qu'en matière d'exception, on doit s'en tenir au texte formel de la loi. Dans cet article, il n'est question que du prévenu, c'est au domicile du prévenu que le législateur a limité les perquisitions du procureur de la République, preuve certaine qu'il a voulu les lui interdire dans tous les autres lieux. Vainement on objecte la loi impérieuse de la nécessité, l'urgence du moment, pour donner aux dispositions de l'art. 36 une extension qu'elles ne comportent pas. C'est ainsi que Mangin a fait observer que « le procureur du roi ne peut pas toujours, en pareil cas, requérir le juge d'instruction, car le juge d'instruction n'est pas toujours sous la main ; une recherche peut être tellement urgente qu'elle n'admette pas le moindre délai... Ces inconvénients sont graves, la loi est évidemment imparfaite. » — Ces observations sont fort justes ; mais est-ce une raison pour accorder au ministère public les mêmes attributions qu'au magistrat instructeur ? Certainement non. Le législateur a dû prévoir les inconvénients qui pouvaient résulter de la stricte application de la loi ; mais en limitant l'art. 36, il a cédé à un motif d'ordre supérieur, le respect du domicile. Et cette intention se manifeste clairement, si nous rapprochons les art. 87 et 88 des art. 36 et 37. En effet, lorsque l'art. 87 a conféré au juge d'instruction les mêmes pouvoirs que les art. 36 et 37 attribuent au procureur de la République, l'art. 88 ajoute expressément que le juge d'instruction aura le même droit dans *les autres lieux* où il présumerait qu'on aurait caché les objets dont il est parlé dans l'article précédent. Or les art. 36 et 37, nous l'avons déjà dit, ne parlent que du domicile du prévenu, preuve certaine que leurs dispositions sont strictement limitatives. Le législateur a pensé qu'il fallait, avant tout, sauvegarder le principe de l'inviolabilité du domicile.

Néanmoins, il est hors de doute que la perquisition peut être étendue au domicile des complices, car l'art. 36, en parlant du prévenu, a nécessairement entendu l'auteur du crime et ses complices. Ainsi les visites prescrites par la circulaire précitée chez les *concubines* et les *affidés* seraient illégales et entachées d'abus de pouvoir, si elles n'étaient fondées sur de sérieuses présomptions de complicité.

Lorsque le procureur de la République procède à un acte d'information, comme dans le cas de l'art. 36, s'il apprend que des pièces de conviction existent ou viennent d'être transportées dans un lieu autre que le domicile du prévenu, il peut et même doit s'y rendre de suite, puisque cette circonstance du transport des pièces de conviction serait caractéristique du *flagrant délit*, suivant la définition de la loi. « Au surplus, le procureur a sans doute le droit, aussi bien que les gardes champêtres et forestiers, de suivre les choses enlevées dans le lieu où elles ont été transportées (1). »

Enfin, aux termes des art. 36 et 37, la visite domiciliaire, mesure toujours très grave, ne doit avoir lieu, même dans le domicile du prévenu, que s'il existe déjà des indices, et s'il est vraisemblable qu'elle amènera la preuve du crime.

Le procureur de la République se transportera *de suite*, dit l'art. 36, dans la maison du prévenu. On le voit, c'est d'une façon générale et sans distinction de temps que cet article impose au magistrat l'obligation de faire des perquisitions à domicile. Carnot en tire cette conséquence qu'il peut et qu'il doit les faire *la nuit*, car le transport de ce magistrat ne pourra être fait *de suite* s'il faut attendre que le jour soit venu. Legraverend, au contraire, et la plupart des légistes qui ont traité cette question, sont d'avis qu'en général, les visites domici-

(1) Bourguignon. *Op. cit.*, T. I, p. 143.

liaires ne peuvent avoir lieu pendant la nuit, et que le procureur ne doit y procéder qu'au point du jour, sauf à prendre les mesures nécessaires pour empêcher la fuite du prévenu ou l'enlèvement des preuves. Ils objectent, et avec raison, que l'art. 36 du Code d'instr. crim. n'a pu abroger l'art. 76 de la Constitution du 22 frimaire an VIII, dont le § 2 consacre en ces termes l'inviolabilité du domicile: « Pendant la nuit, nul n'a le droit d'y entrer que dans le cas d'incendie, d'inondation ou de réclamation faite de l'intérieur de la maison. » Il faut en conclure que l'art. 36 n'est applicable que sous la restriction imposée par le § 2 de l'art. 76 de la Constitution de l'an VIII. Et à l'appui de cet argument, qui nous paraît sans réplique, on invoque le décret du 4 août 1806 qui a pour objet de régler le temps de nuit, et l'art. 184 de l'ordonnance du 29 octobre 1820 sur le service de la gendarmerie. La date de cette ordonnance, bien postérieure à la promulgation du Code d'instruction criminelle, démontre irréfutablement que l'art. 76 de la Constitution de l'an VIII est toujours resté en vigueur. Néanmoins, il est convenu que si la perquisition a été commencée pendant le jour, on peut la continuer pendant la nuit.

Nous avons vu qu'on peut entrer pendant la nuit dans les maisons ouvertes au public jusqu'à l'heure où ces maisons doivent être fermées, conformément aux lois et aux règlements de police. Il a donc été jugé, en vertu de ce principe, qu'un rassemblement illégal dans une maison doit la faire considérer comme un lieu public, et que, par suite, les officiers de police ont le droit d'y pénétrer dans les moments de rassemblement, tant de jour que de nuit.

IV. *Portée de l'art. 46.* — Lorsqu'il y a réquisition de la part d'un chef de maison, les pouvoirs du procureur de la République et de ses auxiliaires reçoivent encore une extension exceptionnelle, en vertu de l'art. 46 du Code d'instr. crim.,

qui dispose que : « Les attributions faites ci-dessus au procureur de la République pour les cas de flagrant délit auront lieu aussi toutes les fois que, s'agissant d'un crime ou délit, même non flagrant, commis dans l'intérieur d'une maison, le chef de cette maison requerra le procureur de la République de le constater. » Les art. 49 et 50 du même Code ont étendu cette disposition aux officiers de police auxiliaires.

Le cas de réquisition de l'intérieur d'une maison ayant été assimilé au *flagrant délit*, il s'ensuit naturellement que l'art. 46 attribue au procureur la même compétence que ce magistrat tient des dispositions de l'art. 32.

Mais nous ne voyons pas qu'il y ait identité entre ces deux articles, et il nous paraît utile de faire ressortir les différences qui les caractérisent. Dans l'article 46, le procureur est encore chargé d'instruire personnellement ; or, cette attribution exceptionnelle est subordonnée à deux conditions : il faut un fait punissable commis dans l'intérieur de la maison, un appel du chef de cette maison adressé à l'officier de police pour venir constater le fait. Voilà deux conditions que l'art. 32 n'exige point. Il y a encore cette différence, très remarquable, que l'art. 32 n'est applicable que lorsqu'il y a *crime flagrant*, tandis que dans le cas de l'art. 46 un simple délit suffit, et il n'est même pas besoin que ce délit soit flagrant.

Cette disposition législative et la différence qu'elle comporte en faveur des chefs de maison s'expliquent par la nécessité de protéger le domicile du citoyen d'une manière rapide et efficace. C'est sous l'inspiration de cette nécessité d'ordre social que le Conseil d'État rejeta la proposition de restreindre la disposition de l'art. 46 au cas où le fait entraînerait une peine afflictive ou infamante. Le Conseil d'État fonda aussi cette décision sur le motif que le chef de la maison peut avoir intérêt à faire constater à l'instant même un délit purement correctionnel.

Que doit-on entendre par *chef de maison ?* L'art. 171 de l'ordonnance du 29 octobre 1820 répond très nettement à cette question : « Les officiers de gendarmerie défèrent à la réquisition qui leur est faite soit par le propriétaire de la maison, soit par le principal locataire, soit par le chef d'un appartement. » L'art. 46 doit être entendu en ce sens que si la maison était occupée par plusieurs locataires, il suffirait que la réquisition fût faite par le chef de l'appartement dans lequel le délit viendrait de se commettre, car chaque appartement est bien réellement la *maison* de celui qui l'occupe. Néanmoins, chaque chef de famille ne peut faire de réquisition qu'en ce qui le concerne personnellement, et non à l'égard des faits qui se seraient passés chez d'autres locataires.

Lorsque des cris, des appels au secours sont proférés, dans l'intérieur d'une maison, par d'autres que les chefs de famille, le procureur et ses auxiliaires peuvent y pénétrer, car ils se trouvent alors en présence d'un flagrant délit, et ils agissent, non plus en vertu de l'art. 46, mais de l'art. 32.

V. *Flagrant délit et Juge d'instruction.* — Nous devons revenir un moment sur les attributions du juge d'instruction, dont on a, bien à tort selon nous, discuté la compétence dans les cas de flagrant délit. En traitant du rôle que la loi lui a confié, nous avons vu que, dans les cas ordinaires, ce magistrat ne peut se transporter sur les lieux que sur les réquisitions du procureur de la République et avec son assistance et celle du greffier. Il en est autrement dans les cas de flagrant délit ou réputés tels. En effet, dit l'art. 59 du C. d'instr. crim., il peut faire directement et par lui-même tous les actes attribués au procureur de la République. « Il peut requérir la présence du procureur de la République, sans aucun retard néanmoins des opérations prescrites dans ledit chapitre. » Il résulte de ces textes que les pouvoirs exceptionnels conférés par la loi

au ministère public dans les cas de flagrant délit appartiennent également au magistrat instructeur. Celui-ci peut non-seulement procéder aux actes d'instruction sans réquisition préalable, mais même devancer l'action du ministère public, et faire les actes de poursuite nécessités par les circonstances.

Il n'est pas sans intérêt de faire remarquer les différences qui existent entre la situation du juge d'instruction agissant d'office, et celle du procureur et de ses auxiliaires dans des cas analogues. Les termes de l'art. 59 sont facultatifs : *il peut* agir seul directement ; donc ce n'est pas un devoir, une obligation que la loi impose au magistrat instructeur ; et plus loin, *il peut requérir*, ce qui prouve qu'il a la faculté de ne pas faire cette réquisition. Au contraire, les art. 36 et 49 disposent sous forme impérative, ils font au procureur un devoir de se transporter sur les lieux, et de donner avis de ce transport au juge d'instruction. En outre, l'art. 32 n'exige l'intervention du procureur qu'autant qu'il s'agit d'un fait entraînant une peine afflictive ou infamante, tandis que l'art. 59, dans tous les cas réputés flagrant délit, qu'il s'agisse d'un crime ou d'un fait seulement correctionnel, autorise le juge d'instruction à agir directement par lui-même.

Contrairement à l'opinion de M. Duverger, nous pensons que l'art. 59 n'établit pas, comme l'art. 32, une distinction entre les délits flagrants et les crimes flagrants. En étendant les attributions du ministère public, et en autorisant cette interversion momentanée des rôles, le législateur a eu pour but de favoriser l'action de la justice. C'est donc à tort que Legraverend refuse au juge d'instruction le droit d'agir d'office quand il y a réquisition de la part d'un chef de maison ; car, s'il est vrai de dire que l'art. 46 a eu pour objet d'assimiler ce cas au flagrant délit, il rentre donc dans les cas *réputés flagrant délit* dont parle l'art. 59, et, dès lors, la compétence du juge d'instruction est indiscutable.

§ III. — Pouvoirs du préfet de police a Paris et des préfets dans les départements

« Les préfets des départements et le préfet de police à Paris, porte l'art. 10 du C. d'instruction criminelle, pourront faire personnellement ou requérir les officiers de police judiciaire, chacun en ce qui le concerne, de faire tous les actes nécessaires à l'effet de constater les crimes, délits et contraventions, et d'en livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les punir, conformément à l'art. 8 ci-dessus. »

En raison de la généralité de ses termes, cet article présente de sérieuses difficultés d'interprétation, difficultés que n'ont pas encore résolues les polémiques passionnées dont il a été l'objet. Mais si les commentateurs ne sont pas tombés d'accord sur l'étendue des pouvoirs qu'il confère aux préfets, ils sont tous unanimes à reconnaître que ses dispositions, prises à la lettre, constituent une grave dérogation au principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire.

Pour déterminer la véritable portée de cet article, nous croyons utile de passer en revue les motifs du législateur qui l'a édicté. « Le premier vœu de la loi, disait Treilhard dans l'Exposé des motifs (1), est que toute infraction des règles soit connue, soit poursuivie, soit jugée ; c'est par ce motif que l'exercice de la police judiciaire est confié à un grand nombre de personnes, et c'est aussi dans la même intention qu'on a voulu que les magistrats supérieurs de l'ordre administratif, qu'on ne doit aucunement confondre avec les officiers de police judiciaire, pussent quelquefois requérir l'action des officiers de police, et même faire personnellement quelques actes tendant à constater les crimes. » A la suite d'une discussion appro-

(1) Locré. *Op. cit.*, XXV, 237.

fondie du Conseil d'Etat, les rédacteurs du projet de Code criminel avaient compris parmi les officiers de police judiciaire les préfets des départements et le préfet de police à Paris, pour la recherche des crimes qui intéressent la sûreté de l'Etat. « Si on les renferme dans ces limites, disait encore Treilhard dans la séance du 26 août 1808, il est très utile qu'ils puissent lancer des mandats, car dans de semblables circonstances on ne saurait marcher avec trop de rapidité ; et cependant, il faudrait s'attendre à des lenteurs si le préfet était obligé de s'adresser au juge d'instruction, qui très souvent même ne se trouve pas sur les lieux (1). »

Notons bien que dans la pensée des rédacteurs du Projet, cette extension aux préfets des attributions de la police judiciaire ne reposait que sur un seul et unique objet, *sauvegarder la sûreté de l'Etat*. Mais l'Empereur n'entendait pas laisser limiter ainsi l'action préfectorale ; il voulait, au contraire, associer la police administrative à des actes qui sont ordinairement du ressort de la justice. Jaloux, dans un intérêt purement politique, d'étendre l'influence de l'administration supérieure, il désapprouva hautement l'opinion de ceux qui voulaient restreindre l'action des préfets aux crimes intéressant la sûreté de l'Etat. « La Section, disait-il, donne au préfet la police judiciaire pour les cas qui intéressent la sûreté publique, parce qu'elle sait qu'il a une correspondance, des bureaux, la disposition de la force armée, en un mot tous les moyens de la bien exercer : pourquoi l'empêcher de diriger les mêmes moyens contre les autres crimes ? » Ce raisonnement parut sans réplique, et le Conseil d'Etat céda devant la volonté formelle de l'Empereur. Toutefois, pour prévenir les conflits possibles entre les deux pouvoirs administratif et judiciaire, Cambacérès ajouta qu'il fallait affranchir les préfets de la juridiction

(1) Locré. *Op. cit.*, XXV, 200.

des procureurs généraux. En conséquence, il fut décidé que les préfets seraient rayés de la nomenclature des officiers de police judiciaire, et que leurs attributions, à cet effet, seraient déterminées par une disposition spéciale.

Telle est l'origine de l'art. 10.

Avant d'entrer dans l'examen de cet article, qui, de tout temps, a soulevé les plus vives critiques, il nous a paru intéressant de rapporter deux arrêts successifs de la Cour de cassation, dont les considérants, diamétralement opposés, sont de nature à justifier l'hésitation des uns et les attaques des autres.

La Chambre criminelle avait annulé un arrêt reconnaissant au préfet de police, en vertu de l'art. 10, de saisir des lettres dans les bureaux de la poste. L'art. 88 du C. d'instr. crim., disait en substance l'arrêt de la Cour (1), en attribuant au juge d'instruction un droit général de perquisition en tous lieux, lui a donné le droit de saisir les lettres confiées à la poste, et d'en faire l'ouverture ; mais *aucune disposition législative de cette nature* n'a confié ce droit au préfet de la Seine.

Renvoi de l'affaire devant la Cour de Rouen, qui jugea en sens contraire. La Cour de cassation eut alors à se prononcer, chambres réunies, et décida qu'aux termes de l'art. 8, auquel se réfère l'art. 10 du Code d'inst. crim., le préfet de police doit rechercher les crimes, délits et contraventions et en rassembler les preuves ; que ce droit embrasse le cercle de la police judiciaire tel qu'il est tracé par l'art. 8, et qu'il a pour conséquence nécessaire le droit de faire, tant au domicile du prévenu que partout ailleurs, les perquisitions et saisies.

« On objecte vainement que la recherche des pièces pouvant servir à conviction ne saurait être pratiquée au domicile des tiers ou dans un dépôt public que par le juge d'instruction, qui en trouve la mission dans l'art. 88 du C. d'instr. crim. ; — Que

(1) *Bull. de la C. cass., crim.* (23 juillet 1853), p. 401.

si cette recherche, qui est évidemment un moyen de constater les crimes, délits et contraventions, a été mise dans les attributions du juge d'instruction par l'art. 88, elle appartient également aux préfets et au préfet de police en vertu des art. 8 et 10 combinés... ; — Que c'est vainement encore qu'on prétend établir une séparation entre la police judiciaire qu'on convient appartenir au préfet de police, et l'instruction qu'on soutient n'appartenir qu'au seul juge d'instruction ; — Que cette distinction n'est pas fondée ; qu'il n'est pas possible de concevoir que la police judiciaire s'exerce sans instruction, de même qu'il n'est pas possible de concevoir que tout fonctionnaire ou magistrat qui prend part à l'instruction ne soit pas officier de police judiciaire ; que c'est ce qui est démontré : 1° par la définition de la police judiciaire que donne l'art. 8 ; 2° par l'art. 9 du C. d'instr. crim., qui classe les juges d'instruction parmi les officiers de police judiciaire ; 3° par la division du livre 1er du C. d'instr. crim., qui place le chapitre *De l'instruction* sous la rubrique *De la police judiciaire* (1). »

Ajoutons que cette jurisprudence a été confirmée par un autre arrêt de la Cour de cass., qui a décidé que le préfet est investi de toutes les attributions du juge d'instruction, quant à l'exercice de la police judiciaire, et notamment du droit de faire personnellement ou de faire faire, même chez des tiers et hors le cas de flagrant délit, les perquisitions auxquelles le juge d'instruction est autorisé à procéder, aux termes des art. 87 et 88 du C. d'instr. crim. (2).

La doctrine de la Cour de cassation entraîne de fort graves conséquences, car non-seulement elle attribue au préfet les pouvoirs du procureur de la République, mais encore les transforme en véritables juges d'instruction. Nous ne pensons pas

---

(1) *Bull. Cour cass.*, p. 643 et suiv. (21 nov. 1853).

(2) *Cour cass.*, 19 janv. 1866.

que telle ait été l'intention du législateur ; c'est ce que nous allons tâcher de démontrer dans la discussion des arguments de l'arrêt précité.

L'art. 10 donne aux préfets le pouvoir de faire tous actes nécessaires à l'effet de constater les crimes, délits et contraventions, et d'en livrer les auteurs aux tribunaux chargés de les punir. Or c'est là précisément le rôle de la police judiciaire elle-même, ce sont les mêmes pouvoirs dont la loi l'a investie ; et pour qu'il ne subsiste aucun doute à cet égard, l'art. 10 se termine par ces mots « conformément à l'art. 8 ci-dessus », article qui définit les attributions de la police judiciaire. Nous devons en conclure que le pouvoir des préfets a été restreint aux actes de police judiciaire ; car le rôle de la police judiciaire tel qu'il a été tracé par l'art. 8 n'a pas pour conséquence nécessaire le droit de faire des perquisitions tant au domicile des prévenus que partout ailleurs.

La Cour de cass. a évidemment confondu la police judiciaire et l'instruction, qui sont deux phases bien distinctes de la procédure, ainsi que l'affirmait le comte Regnaud devant le Conseil d'Etat : Les fonctions de la police judiciaire appartiennent plus à la police qu'à la justice ; elles ne conduisent qu'à donner des indices. — A l'égard de l'instruction, le comte Regnaud est d'avis de ne la confier qu'au juge. — M. Jaubert dit que la Section distingue entre la justice et la police judiciaire. Son intention est de donner exclusivement la justice au juge (1).

Ainsi les deux rôles sont nettement tranchés, différenciés par la nature même de leur destination. Car, en quoi consiste la mission de la police judiciaire ? Elle recherche les preuves des crimes, délits et contraventions, elle réunit les éléments de l'instruction. Que fait à son tour l'instruction ? Elle examine,

---

(1) Locré. *Op. cit.*, XXV, 149, 151.

contrôle, apprécie les éléments fournis par la police judiciaire. Et cette distinction a son importance. On comprend, en effet, qu'un juge d'instruction ne puisse pas rassembler par lui-même les preuves des délits qui se commettent dans son ressort. Cette tâche, matériellement impossible, il s'en décharge sur ses auxiliaires, les officiers de police judiciaire, et il se borne le plus souvent à mettre en œuvre les indices fournis par cette enquête préliminaire. Le rôle de la police judiciaire commence donc au moment où le délit se manifeste, il finit au moment où le juge est saisi.

La loi elle-même a indiqué cette distinction dans la procédure spéciale des flagrants délits. Nous savons que lorsqu'il y a flagrant délit, les officiers de police auxiliaires qui, dans les cas ordinaires, doivent se borner à adresser des rapports au procureur de la République, peuvent faire des actes d'instruction. Au cas de flagrant délit, le procureur de la République et ses auxiliaires ont des pouvoirs analogues à ceux du juge d'instruction ; mais ce n'est pas une véritable instruction qu'ils peuvent faire. L'art. 60 du Code d'instruction criminelle fait encore mieux ressortir la différence des rôles par la disposition suivante : « Lorsque le flagrant délit aura déjà été constaté, et que le procureur de la République transmettra les actes et pièces au juge d'instruction, celui-ci sera tenu de faire sans délai l'examen de la procédure. *Il peut refaire les actes* ou ceux des actes qui ne lui paraîtraient pas complets. » Ce texte démontre assez que la police judiciaire, même dans les cas particuliers de flagrant délit, ne joue qu'un rôle limité ; et si ses actes peuvent être refaits par le juge d'instruction et ne lui servir qu'à titre de renseignement, il s'ensuit que ce dernier reste seul chargé de l'instruction définitive. « Les actes de la police judiciaire ne deviennent actes de l'instruction que lorsque le juge les a refaits ou adoptés ; ils n'ont d'autorité que celle que leur donne le juge : ils ne pénètrent

dans l'instruction que lorsque le juge les a faits siens (1) ».

Mais, dira-t-on, l'art. 10 ne distingue pas entre les délits flagrants et non flagrants ; donc la compétence préfectorale doit s'étendre à toutes sortes d'infractions. Cet argument n'est pas concluant, car si la loi n'a pas fait explicitement cette distinction, il n'en est pas moins certain qu'elle n'a entendu déférer aux préfets que le flagrant délit seul. Son intention se dégage nettement de toutes les discussions préparatoires, et particulièrement de ces paroles de M. Treilhard dans la délibération du Conseil d'Etat : « Le préfet n'agit que dans des occasions *très rares*, lorsqu'ayant, par exemple, surpris des conjurés, il dresse procès-verbal, interroge, entend les témoins et livre les prévenus aux tribunaux. » Evidemment ces paroles caractérisent l'urgence, le flagrant délit ; or, quand ces deux circonstances n'existent pas, pourquoi déroger aux règles de compétence et fouler aux pieds les garanties légales?

De tout ce qui précède il résulte clairement que les préfets ne devraient avoir que les attributions de la police judiciaire. Nous trouvons une nouvelle preuve de la justesse de cette assertion dans le texte même de l'art. 10, qui autorise les préfets à faire personnellement ou *requérir* les officiers de police judiciaire, chacun en ce qui le concerne, de faire tous actes nécessaires, etc. En vertu des art. 52 et 84, le procureur de la République et le juge d'instruction ne peuvent déléguer que certains actes de leur compétence, tandis que l'art. 10 ne pose aucune limite au droit de délégation attribué au préfet. Celui-ci peut donc déléguer tous les pouvoirs qu'il tient de la loi. Or, comme les officiers requis ne peuvent procéder qu'à des actes de police judiciaire, il s'ensuit que le préfet ne peut déléguer que les pouvoirs qu'il exerce lui-même, c'est-à-dire ceux de la police judiciaire. « Il ne rentre pas plus dans les

(1) Faustin Hélie. *Op. cit.*, III, 135.

attributions des préfets que de tous autres officiers de police judiciaire de faire des actes d'instruction ; une fois que le délit a été constaté, ils doivent faire le renvoi de l'affaire au procureur du Roi de l'arrondissement (1). »

1.— Nous croyons avoir suffisamment montré la démarcation qui existe entre les deux phases de la procédure. L'arrêt de la Cour ne l'a pas admise ; il formule même un principe qui n'est juste qu'en partie, lorsqu'il affirme qu'il n'est pas possible de concevoir que la police judiciaire s'exerce sans instruction, de même qu'il n'est pas possible de concevoir qu'un magistrat instructeur ne soit pas officier de police judiciaire. Oui, la loi attribue au juge d'instruction un double caractère : il est juge d'instruction et officier de police judiciaire ; il en a la plénitude des pouvoirs et les exerce en vertu d'une autorité qui lui est propre. Si, dans certains cas, il peut déléguer à un juge de paix le droit d'opérer une visite domiciliaire, il est de toute évidence qu'il faut qu'il ait lui-même le droit de la pratiquer. Mais en ce qui concerne les officiers de police, la réciproque n'est pas vraie, l'instruction ne saurait être la conséquence naturelle de la police judiciaire, c'est une assimilation impossible, et il n'existe pas de loi qui autorise une pareille extension. C'est donc à tort, selon nous, et par une confusion regrettable, que la Cour de cassation a soutenu que la police judiciaire suppose l'instruction.

2.— L'argument tiré de l'art. 9 du C. d'instruction criminelle, qui classe le juge d'instruction parmi les officiers de police judiciaire, se réfute par les explications que nous venons de fournir sur le rôle de ce magistrat qui, par la nature même de ses fonctions, est et doit être officier de police judiciaire.

---

(1) Carnot. *Op. cit.*, I, 140.

3.— Examinons le troisième argument que la Cour invoque à l'appui de son système. Il est vrai que le chapitre *De l'Instruction* est placé sous la rubrique *De la Police judiciaire*, et cette circonstance, étant donnée la définition de l'art. 8, a fait dire à la Cour que l'instruction et la police judiciaire doivent se confondre, que l'une fait partie intégrante de l'autre. Nous avons démontré l'impossibilité de cette dernière conséquence. Quant à la place que le chapitre *De l'Instruction* occupe dans le Code, elle ne peut être que le résultat d'un vice de rédaction, et ne saurait servir de base sérieuse à une théorie juridique. La confusion des deux pouvoirs n'est qu'apparente, si nous en jugeons par la manière dont le Code d'instruction criminelle a été rédigé. On sait que le projet de Code avait été presque entièrement copié sur la loi de 1791, sur le Code de brumaire an IV et la loi du 7 pluviôse an IX. On sait également que ces textes avaient confondu la police judiciaire et l'instruction, exercées alors par les mêmes magistrats, par les juges de paix d'abord, ensuite par les magistrats de sûreté. Mais, à la suite des discussions qui eurent lieu au Conseil d'Etat, on revint aux principes de l'ordonnance de 1670 qui distingue nettement les deux phases de la procédure, et le projet fut presque abandonné. La distinction entre les attributions des officiers de police judiciaire et celles des juges d'instruction passa donc dans le Code, mais on reproduisit les divisions et définitions des anciens textes, sans s'apercevoir qu'elles n'étaient plus conformes à la théorie nouvellement adoptée.

Nous ne saurions trop nous élever contre un système qui attribue aux préfets des pouvoirs si exorbitants. A notre avis, ils ne devraient procéder à des visites domiciliaires ou décerner des mandats d'amener que dans les cas de flagrant délit. Sans cette juste limitation, leur pouvoir est un danger pour la liberté des citoyens. « Que devient l'indépendance de la jus-

tice, que deviennent les garanties que la loi a voulu accorder à la liberté individuelle et à l'inviolabilité du domicile, lorsqu'un préfet peut faire personnellement des actes de police judiciaire, dresser des procès-verbaux, décerner des ordres d'arrestation, procéder à des visites domiciliaires (1) ? »

En fait, l'art. 10 n'a jamais guère protégé la liberté publique : il n'a donné lieu qu'à des abus de la part des préfets qui, en maintes circonstances, en ont fait une arme politique au service du pouvoir central. L'art. 10 est une cause permanente de conflits entre l'administration et la magistrature; selon nous, il serait sage de le rayer définitivement de notre Code. Ce vœu a été réalisé en partie par le projet de réforme du Code d'instruction criminelle, soumis depuis quelques années aux délibérations du Parlement. Dans la séance du 4 novembre 1884, après avoir exposé les abus que la pratique avait révélés et que la Cour de cassation avait consacrés par son arrêt du 21 novembre 1853, M. Ribot terminait ses justes critiques par les conclusions suivantes, auxquelles nous nous associons sans réserve :

« Il faut choisir, ou bien vous voulez un système régulier, loyal : la séparation des pouvoirs, l'action de la justice séparée de l'action purement politique, purement administrative ; alors, à l'exemple de toutes les législations sans exception, il vous suffit d'avoir un procureur général ayant sous ses ordres des procureurs de la République, des juges d'instruction, des commissaires de police qui tous, aux cas de flagrant délit, peuvent agir. — Il n'est pas besoin de préfet de police. — Par leur action propre en cas de flagrant délit, ils peuvent agir, et vous n'avez rien à craindre. Il n'est pas besoin des réquisitions du préfet de police ; la justice est assurée. Vous avez, je le répète, une pléiade d'officiers judiciaires qui peu-

(1) Faustin Hélie. *Op. cit.*, IV, 187.

vent tous agir. Ou, en dehors de ces flagrants délits, vous voulez de cet article 10 vous faire une arme ! Vous voulez garder une place pour l'arbitraire ! Je pose cette question à la Chambre. »

La Chambre y répondit en votant en première lecture l'abrogation pure et simple de l'art. 10.

Le rapporteur de 1891, M. Bovier-Lapierre, après avoir rappelé les travaux des Commissions précédentes, demande la sanction du vote émis par la Chambre le 4 novembre 1884, et conclut en ces termes à la suppression des attributions judiciaires des préfets : « Il faut mettre fin à des conflits persistants, à des abus trop nombreux. Le préfet de police doit être rangé dans la classe des fonctionnaires qui, aux termes de l'art. 29, sont tenus de communiquer sur-le-champ au procureur de la République les renseignements qu'ils recueillent, dans l'exercice de leurs fonctions, sur les crimes et délits. A cet avis, à ces communications doit se borner son action. Il doit être classé au nombre des agents supérieurs de la police administrative investis du droit de rechercher et de dénoncer seulement, et non de celui de constater les crimes et les délits. Il ne doit dépendre que du ministre de l'Intérieur, et, dès lors, il ne saurait être considéré comme un officier de police judiciaire ou un officier auxiliaire du procureur de la République (1). »

§ IV. — Droit de perquisition des gardes champêtres et forestiers

La loi considère les gardes champêtres et les gardes forestiers comme officiers de police judiciaire, mais seulement en ce qui concerne les délits et les contraventions relatifs à la propriété rurale et forestière. L'art. 16 du Code d'instruction

(1) Chambre des députés (séance du 15 janvier 1891).

criminelle, qui traite conjointement de leurs attributions, ne semble pas établir entre elles de différence bien positive. Nous disons que leur rôle se borne à la recherche et à la constatation des délits et contraventions. En matière criminelle, ils sont sans qualité, sauf dans les cas flagrants, lorsque le délit emporte la peine d'emprisonnement ou une peine plus grave ; ils ont alors le droit et même le devoir d'arrêter le coupable surpris ou poursuivi par la clameur publique. Hors du flagrant délit, ils doivent se borner à informer l'autorité supérieure.

La qualité d'officier de police judiciaire appartient aux gardes forestiers des communes, des établissements publics et des particuliers aussi bien qu'aux gardes des bois de l'Etat. Les uns et les autres ont donc le pouvoir de constater les mêmes faits. Choqué par cette assimilation, M. Treilhard avait dit : « Qu'il lui répugnait de voir les gardes champêtres des particuliers érigés en officiers de police judiciaire, que l'influence de leurs maîtres pesait trop sur eux. » — M. Cambacérès répondit : « Qu'ils étaient assermentés, et qu'ils devenaient les officiers de l'Administration, puisqu'elle recevait leur serment. » — M. Bigot de Préameneu : « Qu'il est de l'intérêt public que les forêts des particuliers soient conservées, et qu'elles ne peuvent l'être s'il n'est pas permis à ceux qui les gardent de constater les délits qui s'y commettent. »

L'art. 16 du Code d'instr. crim. détermine la limite de leurs fonctions, qui consistent à « rechercher, chacun dans le territoire pour lequel ils auront été assermentés, les délits et les contraventions de police qui auront porté atteinte aux propriétés rurales et forestières ». Il résulte de cette disposition que leur compétence, quant à la recherche des délits et contraventions, est toute territoriale. Ainsi les gardes champêtres ne sont compétents que sur l'étendue du territoire pour lequel ils sont assermentés, et les gardes particuliers sur les propriétés qu'ils sont chargés de surveiller. Hors du territoire confié à leur

surveillance, ils ne sont plus que de simples particuliers.

Pour remplir utilement leur mission, il était nécessaire que les gardes champêtres et les gardes forestiers eussent le droit de faire des perquisitions à domicile ; c'est ce que la loi leur a accordé, mais sous certaines conditions. Ainsi, ils ont le droit non-seulement de constater un délit, d'en recueillir les preuves, mais encore de suivre les choses enlevées partout où elles auraient été transportées, et de les mettre sous séquestre. Lorsque les objets délictueux auront été déposés ou cachés dans une maison privée, le paragraphe 3 de l'art. 16 dispose que « les gardes ne pourront s'introduire dans les maisons, ateliers, bâtiments, cours adjacentes et enclos, si ce n'est en présence, soit du juge de paix, soit de son suppléant, soit du commissaire de police, soit du maire du lieu, soit de son adjoint. » La présence de ces fonctionnaires est indispensable pour assurer la validité du procès-verbal et la régularité de la visite. C'est une garantie précieuse que la loi a voulu donner aux citoyens contre les excès de zèle, les perquisitions intempestives et irrégulières ; toute visite opérée sans cette condition serait illégale et tomberait sous l'application de l'art. 184 du Code pénal. En outre, nous devons faire remarquer que, dans ce cas, la responsabilité pénale du garde ne serait engagée que si l'introduction avait lieu *contre le gré* de l'habitant ; c'est là l'élément constitutif du délit. Il est d'ailleurs certain que la simple opposition de l'habitant, sans même qu'il y ait résistance matérielle de sa part, suffit à rendre l'introduction illicite. Mais un habitant qui aurait ouvert sa porte à un garde non accompagné, serait irrecevable dans une poursuite en violation de domicile, ce qui prouve que la garantie de la loi est toute dans l'intérêt du citoyen.

L'assistance d'un des fonctionnaires dénommés en l'art. 16 n'est exigible qu'autant qu'il s'agit de pénétrer dans une maison privée. Il n'en est plus de même à l'égard des lieux où

tout le monde est admis. De nombreux arrêts ont reconnu que les gardes champêtres peuvent, sans commettre d'illégalité, s'introduire seuls et sans l'assistance d'aucun magistrat dans les lieux ouverts au public, notamment depuis la loi du 16 juillet 1867, pour y constater les contraventions aux arrêts et règlements de police. En conséquence, il a été jugé que le garde champêtre qui, devant le refus formel de décliner leurs noms, et devant l'attitude menaçante de deux individus surpris en délit de chasse, pénètre à leur suite, après avoir requis l'assistance de la gendarmerie, dans une hôtellerie ouverte à tout le monde et sans aucune opposition de la part du propriétaire, ne contrevient en rien aux dispositions de l'art. 16, § 3 du C. d'instr. criminelle (1).

La recherche du poisson peut être faite, en temps prohibé, à domicile, chez les aubergistes, marchands de denrées, et dans les lieux ouverts au public (2). Il en est de même pour la recherche du gibier (art. 4 de la loi du 3 mai 1844). Le dernier paragraphe de l'art. 4 de la proposition de loi adoptée par le Sénat le 23 nov. 1886, donne à cet égard des indications plus précises que la loi de 1844. Il porte que la recherche et la saisie du gibier pourront être opérées à domicile dans tous les lieux ouverts au public, et notamment chez les restaurateurs, les maîtres d'hôtel, les aubergistes, les marchands de comestibles et de gibier, ainsi que dans les cafés, les voitures publiques, les gares, leurs bureaux et dépendances (3).

Les gardes forestiers peuvent aussi constater légalement les délits ruraux, de même que les gardes champêtres sont compétents pour les délits forestiers, car il est tout naturel qu'un officier de police judiciaire puisse, dans son ressort, faire

---

(1) *Cour cass., crim.*, 25 nov. 1842 (D. P. 83, 1, 227).

(2) Loi du 31 mai 1865, art. 37.

(3) *Journal officiel* de mai 1887.

tous les actes de sa compétence. « Le garde forestier doit seulement faire porter plus spécialement sa surveillance sur les bois confiés à sa garde, et le garde champêtre sur les propriétés rurales (1). » Quant aux gardes champêtres et forestiers des particuliers, ils se trouvent, par la nature même de leurs fonctions et en vertu de l'art. 16, assimilés aux agents de la force publique.

L'art. 161 du Code forestier confirme aux gardes forestiers les pouvoirs que leur attribue l'art. 16 du Code d'instruction criminelle ; il leur renouvelle la défense de s'introduire dans le domicile des particuliers sans se faire accompagner par un officier municipal. L'assistance des officiers municipaux est une mesure protectrice de la liberté individuelle et de l'inviolabilité du domicile. Aussi l'art. 162 impose-t-il aux fonctionnaires désignés dans l'article précédent l'obligation d'accompagner sur-le-champ les gardes, lorsqu'ils en seront requis par eux, pour assister à des perquisitions. En cas de refus de l'officier municipal, que doit faire un garde forestier ? Doit-il s'arrêter ou bien passer outre ? M. Mangin est d'avis que le garde peut tout seul faire sa visite, même malgré l'opposition de l'habitant ; la visite est régulière. Nous ne partageons pas cette opinion, qui nous paraît trop absolue et contraire à l'esprit de la loi ; nous croyons plutôt, avec M. Faustin Hélie, que le refus du fonctionnaire n'autorise en rien le garde à pénétrer dans le domicile d'un citoyen contre son gré ; il devra, dans ce cas, s'abstenir de toute visite et en référer à l'autorité supérieure.

Il pourrait arriver encore que l'officier municipal assistant un garde forestier ne fût pas celui du lieu où se fait la perquisition. Dans ce cas, la visite serait-elle régulière ? La Cour de cassation a décidé que cette circonstance ne pouvait nuire

---

(1) Carnot. *Op. cit.*, I, 162.

au résultat de l'opération ni vicier le procès-verbal, si le garde avait procédé *sans réclamation*. Le citoyen, par son silence, est censé avoir renoncé à la garantie que la loi lui a donnée (1). Il résulte de cet arrêt même que l'habitant n'est pas tenu d'ouvrir sa porte à l'officier municipal d'une autre commune, et que le garde forestier qui passerait outre, en cas de refus, se rendrait coupable d'une violation de domicile.

Agents forestiers. — Les agents forestiers ont-ils le droit de procéder à des visites domiciliaires? D'abord ils ne sont pas officiers de police judiciaire, puisque l'art. 9 du Code d'instruction criminelle ne les comprend pas dans l'énumération qu'il en donne ; de plus ils ne figurent pas dans l'art. 16 du même Code, et l'art. 161 du Code forestier ne parle que des gardes forestiers. Faut-il conclure de ce silence que les agents forestiers sont sans pouvoirs? Nous répondrons qu'ils remplissent accidentellement les fonctions des gardes lorsqu'ils s'occupent de la constatation ou de la poursuite d'un délit. En effet, l'art. 164 du Code forestier, qui complète à cet égard l'art. 16 du Code d'instruction criminelle, dispose que les agents de l'Administration des forêts ont le droit de *requérir directement* la force publique pour la répression des délits et contraventions en matière forestière, « ainsi que pour la recherche et la saisie des bois coupés en délit, vendus ou achetés en fraude ». Cette dernière disposition implique pour les agents forestiers le pouvoir de s'introduire dans le domicile des particuliers en observant les formes légales ; ils ont donc les mêmes droits que les gardes forestiers. Ajoutons qu'il existe entre les agents et les gardes une différence quant à la compétence territoriale. Les gardes forestiers peuvent dresser des procès-verbaux dans toute l'étendue de

(1) *C. cass.*, 21 mars 1807 (J. P., 1807, p. 754.)

l'arrondissement du tribunal auprès duquel ils sont assermentés, tandis que les agents ne sont compétents que sur le territoire qui leur est assigné par leur commission. En dehors de son inspection, un inspecteur ne peut pratiquer aucune perquisition, comme le garde général en dehors de son cantonnement.

Si les objets suivis par des gardes avaient été transportés hors du territoire pour lequel ils sont assermentés, ils devraient en donner avis à l'un des officiers de police judiciaire du lieu, et requérir les gardes compétents, seuls autorisés à saisir ces objets et à dresser procès-verbal.

Engins prohibés. — Le § 3, art. 12, de la loi du 3 mai 1844 punit d'une amende de 50 à 200 francs ceux qui seront détenteurs, ou ceux qui seront munis ou porteurs, hors de leur domicile, de filets, engins et autres instruments de chasse prohibés. Les visites domiciliaires pour constater la détention des instruments de chasse prohibés ne doivent avoir lieu, comme pour les délits ordinaires, que sur les réquisitions du ministère public et en vertu d'un ordre du juge d'instruction (1).

La loi sur la pêche ne punit que les individus trouvés munis ou porteurs, *hors de leur domicile*, de filets et engins prohibés, tandis que la loi sur la police de la chasse atteint encore ceux qui en sont détenteurs dans *leur domicile*. On se demande pourquoi ce surcroît de sévérité à l'égard des instruments de chasse. C'est, a-t-on répondu, pour réprimer plus efficacement les déprédations des braconniers. Nous jugeons cette disposition fort regrettable, car elle permet de multiplier les visites domiciliaires, et devient une source d'abus. Dans la discussion du projet de loi, plusieurs députés protestèrent contre l'insertion du mot *détenteurs*. Le simple fait de la

(1) Circulaire du garde des sceaux, 9 mai 1844.

détention d'engins prohibés prouve-t-il que le détenteur en fasse usage, et ce fait est-il par lui-même une présomption suffisante de culpabilité ? Non, sans doute ; mais, comme les braconniers n'exercent ordinairement leur coupable industrie que la nuit, et qu'il est dès lors très-difficile de les prendre en flagrant délit, le législateur a pensé qu'il était nécessaire de les punir pour le simple fait de la détention. Et pour dissiper la crainte des abus pouvant résulter de cette mesure, M. le Garde des sceaux, qui soutenait le projet de la Commission, déclara que l'on pourrait constater cette détention dans la forme indiquée par le Code d'instr. crim. « Le juge d'instruction, disait-il, délivrera un mandat à l'aide duquel on pourra s'introduire dans le domicile, et vous savez avec quelle précaution ces magistrats usent du droit que la loi leur accorde en pareille matière... Ainsi supprimer le mot *détenteurs*, ce serait s'exposer à voir les délinquants se soustraire le plus souvent aux peines qu'ils auraient méritées. » Le projet de la Commission fut adopté, grâce à l'appui du ministre.

Ainsi, en vertu du § 3 de l'art. 12, les gardes forestiers voyant un braconnier rentrer chez lui avec des engins prohibés, ont le droit de l'y poursuivre, de pénétrer à sa suite dans la maison, pourvu, toutefois, qu'ils soient accompagnés d'un officier municipal. Ici, en effet, nous sommes en présence d'un véritable flagrant délit ; mais, en dehors de ce cas spécial, les gardes ne sauraient s'introduire chez un particulier sans une ordonnance préalable du juge d'instruction.

La Cour de Rouen a décidé, avec raison, que la perquisition d'engins prohibés faite au domicile du détenteur, en vertu d'une réquisition du ministère public, sans une ordonnance du juge d'instruction, est nulle, et les objets trouvés ne donnent pas ouverture à des poursuites : « Attendu, qu'en principe général, c'est au juge d'instruction que la loi a conféré le droit de diriger l'instruction et de faire des perquisitions au domicile des

citoyens ; — que, par exception à ce principe et dans un seul cas, celui de flagrant délit, elle a investi le procureur du Roi et les officiers de police auxiliaires de ce magistrat, de ce même droit ; — qu'aux termes de l'art. 41 C. d'instr. crim., le flagrant délit est celui qui se commet actuellement ou qui vient de se commettre ; — que l'existence au domicile de l'inculpé d'engins prohibés ne peut constituer le flagrant délit ; — qu'à la vérité, la détention est, par sa nature, un délit permanent, continu, successif ;... — qu'en réalité, la simple détention ne constitue pas, par elle-même, un fait actuel et apparent de l'homme, fait qui, troublant par sa manifestation l'ordre public, provoque l'intervention de l'autorité judiciaire pour le constater et le réprimer ; — qu'elle manque donc des caractères de spontanéité et de publicité ; — que l'existence constatée par le procès-verbal qui a été dressé d'engins prohibés, à ce domicile, sans la constatation d'aucun fait particulier antérieur qui motivât la perquisition, n'établit pas à la charge de l'inculpé le flagrant délit ; — que la perquisition, hors ce cas exceptionnel, ne pouvait être faite que par le juge d'instruction, ou qu'en vertu d'un mandat décerné par ce magistrat ; — que cette perquisition et le procès-verbal constatant le délit sont donc frappés de nullité, etc. (1). »

Voici, pour terminer ce sujet, un arrêt qu'il nous a paru intéressant de citer, à raison des faits qui l'ont motivé. Le Tribunal correctionnel d'Épinal a jugé que les gardes forestiers qui, sous le faux prétexte de rechercher du bois de délit, pénètrent, assistés du maire, dans le domicile des citoyens et y saisissent des filets, commettent un acte illégal qui ne peut servir de base à une condamnation : « Attendu que si les gardes forestiers n'ont pas pouvoir de faire *directement* des visites domiciliaires pour saisir les engins prohibés, ils ne peuvent

(1) Rouen, 1er février 1883.

pas, à plus forte raison, en employant une voie détournée, arriver à la recherche et à la saisie de ces engins dans l'intérieur des domiciles ; — que leur reconnaître un pareil pouvoir, ce serait, au mépris des engagements si solennellement contractés à la tribune, et par le Rapporteur et par le Garde des sceaux, violer toutes les garanties que dans les deux Chambres on a voulu prendre pour prévenir des perquisitions vexatoires et protéger le domicile des citoyens (1). »

En vertu de l'art. 157 du C. for., une exception existe pour les usines, hangars et autres établissements autorisés par les art. 152, 154, 155 du même Code. Ces établissements sont soumis aux visites des agents et gardes forestiers, qui peuvent y faire toutes perquisitions sans l'assistance d'un officier public, pourvu qu'ils se présentent au nombre de deux au moins, ou que l'agent ou garde forestier soit accompagné de deux témoins domiciliés dans la commune.

Les usines établies, avec autorisation, à la distance prohibée des forêts, sont soumises à la visite des gardes forestiers, de nuit comme de jour (2).

Section III

EXÉCUTION DES MANDATS D'AMENER, DE DÉPÔT ET D'ARRÊT

Le mandat est un ordre émané d'un officier de police judiciaire, ordinairement du juge d'instruction, quelquefois du procureur de la République, ou même d'un Tribunal tout entier, contre un individu soupçonné d'un crime ou d'un délit : « Cet ordre tend à faire placer le prévenu tantôt en la présence, tan-

---

(1) Trib. corr. d'Épinal, 31 oct. 1844 (D.P., 1845, 3, 34.)

(2) *C. cass.*, 7 mai 1841.

tôt sous la garde, sous la main de la justice (1). » D'où quatre sortes de mandats : le mandat de comparution, d'amener, de dépôt et d'arrêt.

Le mandat de comparution n'est qu'une simple assignation à comparaître devant le juge d'instruction. Il ne comporte pas de mesure coercitive et s'exécute par sa signification et son exhibition au prévenu ; si celui-ci n'y obtempère point, il peut être décerné contre lui un mandat d'amener. Par le mandat d'amener, le juge ordonne à tous huissiers et agents de la force publique d'amener devant lui tel individu, pour être interrogé sur les faits dont il est inculpé. Comme il est de règle que nul ne peut être mis en état de détention sans avoir été interrogé, il s'ensuit que le mandat de comparution et d'amener doivent précéder la délivrance des mandats de dépôt et d'arrêt.

Dans l'intérêt de la liberté individuelle, le législateur a soumis ces mandats à certaines règles, dont quelques-unes leur sont communes : 1° ils ne peuvent être délivrés que dans les cas prévus par la loi et avec les formalités qu'elle a prescrites ; 2° ils ne peuvent être décernés que lorsqu'il existe des *indices graves* de culpabilité ; 3° ils doivent énoncer la qualité du magistrat qui les délivre, être revêtus de la signature et du sceau de ce magistrat, etc.

Après l'interrogatoire ou en cas de fuite de l'inculpé, porte l'art. 94 du C. d'instr. crim., le juge pourra décerner un mandat de dépôt ou d'arrêt, si le fait emporte la peine d'emprisonnement ou une peine plus grave. Les textes n'établissent pas de différence bien positive entre ces deux mandats, puisque le juge peut, à son gré, employer indifféremment l'un ou l'autre. Cependant ils diffèrent et par la forme et par le caractère : le premier n'est précédé d'aucune conclusion du ministère public, tandis que le second ne peut être décerné qu'après ces con-

(1) Boitard. *Op. cit.*, p. 134.

clusions ; dans le premier cas, la détention n'est que provisoire, et ce n'est que lorsque la détention doit être définitive, qu'il y a lieu de convertir le mandat de dépôt en mandat d'arrêt.

Aux termes de l'art. 98 du C. d'instr. crim., les mandements de justice sont exécutoires dans toute l'étendue de la République. Les mandats d'amener, de dépôt et d'arrêt, ayant pour objet de s'assurer de la personne de l'inculpé, il s'ensuit que le porteur de l'un de ces mandats a dû être autorisé à requérir l'assistance de la force publique et à faire les perquisitions nécessaires. La force publique ou armée se compose de la gendarmerie, des gardes champêtres et forestiers, des agents de police, des employés des régies et de la douane, de la troupe de ligne et de la garde nationale. Les agents de la force publique ne prennent point part, du moins en cette qualité, aux actes de la police judiciaire, mais ils prêtent main-forte, quand il y a lieu, aux officiers qui l'exercent. En vertu des art. 99 et 108 du C. d'instr. crim., le porteur d'un mandat qui veut obtenir main-forte, doit s'adresser au chef de la force publique du lieu le plus voisin, et celui-ci est tenu, sur l'exhibition qui lui est faite du mandat, de déférer à la réquisition qui y est contenue.

On s'est demandé si les perquisitions ayant pour objet l'arrestation des prévenus, peuvent être faites par les huissiers, gendarmes et autres agents de la force publique, chargés de l'exécution des mandats ; en d'autres termes, si, la porte étant fermée, le seul mandat d'amener, de dépôt ou d'arrêt, donne à l'agent qui en est porteur le droit de la faire ouvrir par force. Pour nous, la question ne saurait être douteuse, malgré l'opinion contraire de M. Serrigny, qui « ne voit rien dans la loi qui autorise à tirer une pareille conséquence de ces mandats » (1).

---

(1) Serrigny. *Droit public des Français*, p. 421.

S'agit-il seulement de l'exercice de la police judiciaire, de la recherche des crimes et délits, on comprend que les gardes champêtres et forestiers ne doivent s'introduire dans le domicile des citoyens, en cas de refus, qu'avec des formes particulières et en se faisant assister des officiers publics désignés par la loi ; mais lorsqu'il s'agit, en matière criminelle, de l'exécution des mandats de justice, la force armée, munie du mandat, n'a pas besoin, selon nous, d'être assistée du juge de paix ou de l'officier municipal pour donner suite à ces actes, qui sont revêtus du mandement de la force publique et exécutoires dans toute l'étendue du territoire.

Contre cette opinion on a invoqué, par analogie, les articles du C. proc. civ. qui obligent les officiers, quand les portes sont fermées, à n'en faire l'ouverture qu'en présence du magistrat (art. 587 du C. de proc. civ.). Nous répondrons à cette objection qu'en matière civile il n'y a pas les mêmes raisons d'urgence qu'en matière criminelle. Le refus de laisser pénétrer dans le domicile ne saurait donc faire obstacle à l'exécution des mandements de justice. Ce principe a été consacré par la jurisprudence, et il a été jugé que des militaires qui, pour l'exécution d'un mandat, s'introduisent dans le domicile d'un prévenu, même contre sa volonté, n'en sont pas moins réputés dans l'exercice de leurs fonctions (1).

D'ailleurs, de nombreux textes législatifs nous autorisent à soutenir que le pouvoir de pénétrer dans le domicile des citoyens appartient de plein droit aux agents de la force publique lorsqu'ils sont porteurs d'un mandat d'amener, de dépôt ou d'arrêt ; qu'ils peuvent s'y introduire contre le gré du prévenu, pour procéder à la prise de corps et sans se faire assister du juge de paix ou d'un officier municipal. En effet, l'art. 9, tit. IV, de la loi des 19-22 juillet 1791 s'exprime en ces termes :

---

(1) *C. cass. crim.*, 12 juin 1834.

« Aucun agent de la force publique ne peut entrer dans le domicile d'un citoyen, si ce n'est *pour l'exécution des mandements de police ou de justice*, ou dans les cas formellement prévus par la loi. »

D'autre part, nous trouvons un nouvel argument dans les dispositions des art. 109 du C. d'instr. crim. et 75 du décret du 18 juin 1811, qui prescrivent à tout porteur d'un mandat d'arrêt de le notifier à la dernière habitation du prévenu et à dresser procès-verbal de perquisition. Or, il est de toute évidence que le procès-verbal de perquisition serait impossible s'il n'était pas permis de s'introduire dans le domicile. Admettre que le refus de l'inculpé suffit à paralyser l'effet d'un mandement de justice, ne serait-ce pas attribuer au Code une prescription irréalisable dans la pratique, et supposer chez le législateur un manque absolu de logique ?

Nous pouvons encore invoquer d'autres textes, par exemple l'art. 184 de l'ordonnance du 29 octobre 1820, qui dispose que la gendarmerie peut, pendant le jour, pénétrer dans le domicile d'un citoyen pour un objet formellement exprimé par une loi, ou *en vertu d'un mandat spécial de perquisition* décerné par l'autorité compétente. Et l'article suivant de la même ordonnance, qui prévoit le cas spécial d'un prévenu réfugié chez un tiers, vient fournir une nouvelle preuve à l'appui de notre système : l'art. 185 ajoute, en effet, que si un individu frappé d'un mandat d'arrestation s'est réfugié dans la maison d'un particulier, la gendarmerie peut seulement garder à vue cette maison en attendant l'expédition des ordres nécessaires pour y pénétrer et faire l'arrestation de l'individu réfugié.

Si le législateur a cru devoir établir cette distinction, s'il a exigé des formes particulières, dans l'intérêt de la tranquillité et de la réputation des tiers, n'est-il pas hors de doute qu'à l'égard du prévenu, le mandat d'arrêt suffit, à lui seul, pour autoriser la force armée à s'introduire dans son habitation ? « En pré-

sence de tels arguments, dit M. Batbie, nous ne pouvons partager l'opinion de M. Serrigny, qui ne permet au gendarme de pénétrer dans la maison, si elle est fermée, qu'en présence du juge de paix, du commissaire de police ou du maire. Nous ne voyons pas pourquoi on arrêterait les agents de la force publique lorsqu'ils exécutent un mandement de justice ; ce serait entraver à plaisir l'action de la loi (1). »

Ajoutons, en terminant, que les perquisitions ne peuvent être faites qu'après exhibition des mandats aux personnes dans le domicile desquelles on a mission de les pratiquer. Pendant la nuit, elles ne peuvent avoir lieu que dans les cas exceptionnels où les fonctionnaires publics auraient le droit eux-mêmes de pénétrer dans le domicile des particuliers pour constater des crimes ou des délits.

Section IV

EXÉCUTION DES JUGEMENTS OU CONDAMNATIONS

C'est une règle fondamentale de droit social que chacun doit répondre de ses obligations (2), de même que tout individu qui s'est rendu coupable d'un crime, d'un délit ou d'une contravention a contracté une dette vis-à-vis de la société, dont il a lésé les intérêts ; il doit expier son méfait et subir la peine édictée par la loi. De là cette nécessité d'assurer l'exécution des jugements civils et criminels, nécessité devant laquelle le législateur a dû faire fléchir le principe de l'inviolabilité du domicile. Mais en attribuant aux agents de l'autorité le pouvoir de pénétrer, même par la force, dans le domicile d'autrui,

---

(1) Batbie. *Traité théor. et prat. de dr. publ. et admin.*, 2e édit., T. II, p. 83.

(2) Art. 2092 du C. civil.

il a subordonné l'exercice de ce droit redoutable à l'observation rigoureuse de certaines formalités légales pour assurer les garanties dues au condamné, malgré l'arrêt qui le frappe.

§ I. — *Jugements civils.*

Avant la loi du 22 juillet 1867, le créancier, muni d'un titre exécutoire, pouvait exercer son recours contre les biens et la personne de son débiteur. Cette loi ayant aboli la contrainte par corps, les biens meubles et immeubles du débiteur sont aujourd'hui les seuls gages du créancier.

Parmi les mesures de rigueur que la loi met à la disposition du créancier qui a obtenu un jugement de condamnation, il en est une dont le caractère et l'exécution touchent particulièrement à la question du domicile : nous voulons parler de la saisie-exécution, ou saisie mobilière. Ici encore, le législateur a voulu concilier l'intérêt de la justice avec le respect du domicile, en exigeant que le débiteur condamné soit prévenu, avant d'être saisi, de la volonté de recourir à cette voie : de là le commandement de payer, qui constitue le premier acte de la saisie-exécution. Le commandement doit être fait par ministère d'huissier un jour au moins avant la saisie. Il était juste, en effet, d'accorder au débiteur poursuivi un temps moralement suffisant pour se procurer des fonds. La copie signifiée doit aussi contenir copie de la formule exécutoire comme du reste du titre, car sans cette formule il n'y a pas preuve de l'existence d'un titre exécutoire, indispensable à la saisie. Il faut encore ajouter à ces formalités l'obligation pour l'huissier d'être porteur du titre exécutoire qui sert de base à cet acte de poursuite.

Si le débiteur a laissé passer sans réponse le délai accordé par la loi, il semble, par son silence, avoir acquiescé à la saisie et autorisé l'huissier à pénétrer dans son domicile pour la pratiquer.

Cependant, en prévision du cas où des obstacles s'opposeraient aux opérations de la saisie, le législateur a prescrit les mesures nécessaires pour que force reste aux mandements de justice. Si les portes sont fermées (art. 587 du C. de proc. civ.), ou si l'ouverture en est refusée, l'huissier peut établir gardien aux portes pour empêcher le divertissement ; il doit se retirer sur-le-champ devant le juge de paix, et à son défaut, devant le commissaire de police, ou, s'il n'y en a pas, devant le maire ou l'adjoint, en présence desquels l'ouverture des portes ou des meubles sera faite au fur et à mesure de la saisie. L'huissier « doit se retirer », c'est dire par là que l'autorité de ce fonctionnaire n'a pas paru suffisante pour légitimer une dérogation à un principe constitutionnel. Il s'agit, en effet, au cas de refus, de suspendre à l'égard du débiteur le droit attaché à l'inviolabilité du domicile, et le législateur a jugé que ce pouvoir ne pouvait appartenir qu'à un officier délégataire de la puissance publique.

Si l'officier public, par sa présence et ses injonctions, n'obtient pas l'ouverture des portes, il pourra les faire enfoncer de vive force ; mais l'ouverture doit être faite, conformément à l'art. 187 du C. de proc. civ., en sa présence, au fur et à mesure de la saisie, dont il signe le procès-verbal. Pour forcer les portes, l'officier public a le droit de requérir les ouvriers, et ceux-ci sont tenus d'obtempérer à cette réquisition, en vertu des art. 1-2 de la loi du 22 germinal an IV, et de l'art. 475, § 12 du C. pénal. Cependant, le refus d'un ouvrier à la réquisition faite par un officier ministériel ou porteur de contraintes d'exercer un acte de sa profession sans l'ordre direct et immédiat d'un officier municipal ou d'un magistrat dépositaire de l'autorité publique, n'est prévu par aucune loi (1).

Une saisie-exécution serait nulle, et l'huissier commettrait

---

(1) *C. cass.*, 20 févr. 1830 (*Journal du P.*, 1830-1831, p. 191).

un abus de pouvoir si, ne trouvant personne au domicile du débiteur, il en ouvrait les portes pour s'y introduire, sans être assisté d'un officier public, bien que l'ouverture des portes eût été faite sans fracture ni efforts. Une saisie faite dans les mêmes circonstances a été annulée par la Cour de Poitiers, qui a vu dans ce fait une violation de domicile et une contravention à l'art. 587 du C. de proc. civ. (1). M. Chauveau justifie cette décision en disant que, dans l'esprit de la loi, la présence du fonctionnaire est destinée à remplacer celle du saisi comme garantie que les droits de celui-ci seront respectés et que l'huissier et les témoins ne se livreront à aucune malversation, aucun excès de pouvoir. Nous pensons plutôt que la présence de l'officier public n'est exigée que par respect pour le principe de l'inviolabilité du domicile. C'est d'ailleurs dans ce sens qu'a décidé la Cour de cassation. Il s'ensuit donc que cette assistance n'est pas nécessaire lorsque, en cas d'absence du saisi et de ses représentants, l'huissier trouve son domicile habité et les portes ouvertes (2).

En ce qui concerne la saisie-revendication, qui se fait hors du domicile du débiteur, elle ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une ordonnance du président du Tribunal de première instance (art. 826 C. proc. civ.), « et si celui chez lequel sont les effets qu'on veut revendiquer refuse les portes ou s'oppose à la saisie, il en sera référé au juge ; et cependant il sera sursis à la saisie, sauf au requérant à établir garnison aux portes (art. 829 C. proc. civ.). La saisie-revendication sera faite en la même forme que la saisie-exécution.

Ajoutons que l'attaque et la résistance avec violences envers un huissier procédant à l'exécution d'un jugement, et envers

---

(1) C. de Poitiers, 7 mai 1818 (*Journal du P.*, 1817-1818).

(2) *C. cass.*, 28 mai 1851 (D. P., 51, 1, 139).

les gendarmes requis ou chargés par leurs chefs de l'assister, constituent le délit de rébellion (1).

§ II. — *Jugements criminels.*

La loi du 22 juillet 1867 a aboli la contrainte par corps en matière civile, commerciale et contre les étrangers ; mais elle l'a conservée en matière pénale : 1° pour l'exécution des jugements et arrêts portant condamnation à des amendes, restitutions envers l'Etat, en matière criminelle, correctionnelle ou de police ; 2° pour les arrêts et jugements contenant condamnation envers des particuliers pour réparation de préjudices causés par crime, délit ou contravention ; 3° pour le remboursement des frais de justice envers l'Etat (depuis la loi du 19 décembre 1871).

Tels sont les cas pour lesquels le législateur a cru devoir maintenir exceptionnellement la contrainte par corps, qui n'est, dans certaines circonstances, qu'un moyen de peser sur le mauvais vouloir d'un débiteur qui se prétend insolvable. « La pauvreté causée trop souvent par l'inconduite ordinaire des déprédateurs de toute sorte, serait un motif d'impunité. En ce cas, la contrainte par corps est le seul moyen de donner force à la justice. Envisagée sous cet aspect, la contrainte par corps, en matière criminelle, est une sorte de peine éventuelle et complémentaire, prononcée par anticipation pour le cas où le condamné ne voudrait pas ou ne pourrait pas satisfaire à la peine pécuniaire (2). »

Il convient de faire remarquer ici que les condamnations civiles prononcées par les tribunaux n'ayant pas un caractère criminel, n'entraînent pas la contrainte par corps. En effet,

---

(1) *C. cass.*, 15 juil. 1826 (*Journal du P.*, 1826, p. 691).

(2) Loi du 22 juillet 1867. Exposé des motifs.

l'art. 5 de la loi du 22 juillet 1867 n'autorise la contrainte que pour réparation d'un crime, d'un délit ou d'une contravention de police reconnus par la juridiction criminelle, et exclut, par conséquent, cette voie d'exécution, si la poursuite criminelle n'a abouti qu'à un acquittement qui ne laisse plus place que pour des condamnations civiles. On sait que les décisions de la justice criminelle qui portent absolution ou acquittement, ne font pas obstacle à ce que des dommages-intérêts soient ensuite accordés, à raison du même fait, par le tribunal civil.

Les formalités relatives à l'exécution de la contrainte par corps sont réglées par les art. 3, § 1 et 4 de la loi du 22 juillet 1867. Ainsi l'arrestation du débiteur doit toujours être précédée de la signification de l'arrêt et du commandement. Toutefois, à la différence de ce qui a lieu pour la saisie-exécution, la contrainte par corps ne peut être opérée que cinq jours francs après le commandement qui est fait au condamné. En outre, les dispositions de l'art. 781 du C. proc. civ. sont applicables à la contrainte par corps en matière criminelle. Aux termes de cet article, « le débiteur ne pourra être arrêté : 1° avant le lever et après le coucher du soleil ; 2° les jours de fête légale ; 3° dans les édifices consacrés au culte, et pendant les exercices religieux seulement ; 4° dans le lieu et pendant la tenue des séances des autorités constituées ; 5° dans une maison quelconque, même dans le domicile du débiteur, à moins qu'il n'ait été ainsi ordonné par le juge de paix du lieu, lequel juge de paix devra, dans ce cas, non pas seulement ordonner l'arrestation, mais se transporter dans la maison avec l'officier ministériel, ou déléguer à cet effet un commissaire de police.

Le recouvrement des amendes et frais au profit de l'Etat n'appartient plus à l'administration des domaines. Depuis la loi de finances de 1873, la contrainte par corps est exercée à la requête des percepteurs des contributions directes. Quant aux particuliers qui veulent exercer la contrainte par corps

pour obtenir l'exécution des condamnations prononcées en leur faveur, ils doivent, aussi bien que les représentants du fisc, après avoir signifié l'arrêt ou le jugement de condamnation, et fait commandement, adresser la demande d'incarcération au procureur de la République, seul chargé de l'exécution.

Le recours à un huissier, quand il s'agit de la contrainte par corps en matière criminelle, correctionnelle ou de police, est purement facultatif pour la partie civile aussi bien que pour l'Etat. Ainsi la contrainte par corps prononcée pour sûreté des dommages-intérêts accordés à la partie civile à titre de réparation d'un crime ou d'un délit, peut être mise à exécution par un sergent de ville ou par un gendarme agissant sur la réquisition du ministère public (1).

Lorsqu'il s'agit d'exécuter une condamnation à une peine afflictive ou infamante, ou à l'emprisonnement, l'art. 5, titre VIII de la loi des 16-24 août 1792, confie ce soin aux magistrats du ministère public et, sous leurs ordres, aux agents de la force publique. Ceux-ci puisent le droit de pénétrer dans la demeure des citoyens non pas dans l'arrêt de condamnation, mais dans la réquisition qui leur est faite par le procureur de la République. L'art 131 de la loi du 28 germinal an VI permet à la gendarmerie d'y pénétrer avec l'ordre d'un juge de paix, d'un commissaire de police, d'un maire ou d'un adjoint. Tous ces officiers étant considérés comme les suppléants du ministère public en cette circonstance, sont compétents à l'effet de permettre l'introduction dans le domicile des citoyens pour s'emparer d'un individu sous le coup d'une ordonnance de prise de corps ou d'un jugement de condamnation.

Ce que nous venons de dire nous amène à répondre à la question de savoir si les agents porteurs d'un ordre régulier

---

(1) Dalloz. *Supplém. au Rép.*, V° *Contrainte par corps*, n° 108.

ont le droit de pénétrer *de force* dans la maison d'un particulier qu'ils ont mission d'arrêter. Nous avons admis l'affirmative quant aux simples mandats d'amener, de dépôt ou d'arrêt ; *a fortiori* doit-il en être de même lorsqu'il s'agit de l'exécution d'une condamnation criminelle, et, dans ce cas, il n'est pas besoin que les agents soient assistés d'un officier municipal pour appréhender le condamné chez lui ou au domicile d'un tiers.

Section V

EXÉCUTION DES LOIS SUR LES CONTRIBUTIONS PUBLIQUES

J.-B. Say a défini l'impôt « cette partie du bien des particuliers que le gouvernement consacre à satisfaire les désirs ou les besoins du corps social ». Il résulte de cette définition même que l'Etat ayant le plus haut intérêt à la perception régulière des impôts, le législateur a dû encore une fois déroger au principe général de l'inviolabilité du domicile en vue d'assurer l'exécution des lois et règlements sur les contributions publiques. L'intérêt du Trésor nécessitait cette nouvelle catégorie de cas exceptionnels prévus par l'art. 8 titre I[er] de la loi municipale des 19-22 juillet 1792. Aussi n'insisterons-nous pas sur la légitimité des mesures établies contre la fraude. La plus grave de toutes ces mesures restrictives est, sans contredit, le droit de visite, qui permet aux agents du fisc de pénétrer dans le domicile des citoyens à l'effet de constater les contraventions. Examinons à quelles personnes ce droit appartient et à quelles conditions il peut être exercé.

§ I. — *Contributions directes*

Le contribuable en retard pour le payement des termes échus est exposé aux mêmes actes de poursuite que la partie condamnée en matière civile : commandement, saisie, vente, etc. La loi du 9 février 1877 a abrogé l'art. 3 de la loi du 17 brumaire an V, concernant le mode de poursuites par voie de garnison collective ou individuelle pour le recouvrement des impôts directs. Quoique la loi de 1877 enlève tout intérêt aux difficultés qui pouvaient surgir à propos de garnison, nous croyons utile d'en dire quelques mots en passant, ne serait-ce qu'au point de vue historique et pour mettre en évidence le côté vraiment odieux de ce procédé fiscal d'un autre âge, qui n'a que trop longtemps figuré dans nos Codes.

La garnison collective était exercée contre plusieurs contribuables retardataires par un seul garnisaire. Elle était notifiée par la simple remise d'un bulletin huit jours après la sommation gratuite. Quel que fût le montant des cotes en retard, la garnison collective ne pouvait se prolonger au delà de dix jours pour les contribuables d'une même commune. Le règlement de 1839 avait arrêté le salaire du garnisaire à une somme fixe par bulletin, et les frais résultant de ces formalités incombaient aux contribuables retardataires. Comme on le voit, la garnison collective ne constituait, à proprement parler, qu'une sommation avec frais.

Mais la garnison individuelle, qui s'exerçait contre un seul redevable, avait un caractère particulièrement vexatoire et digne des temps barbares, car elle permettait au porteur de contraintes de s'installer dans le domicile du redevable et d'y séjourner jusqu'à deux jours ; les frais pouvaient s'élever à 3 francs par jour avec vivres et logement, et à 6 francs avec

la représentation en numéraire des vivres et du logement. Le percepteur avait la faculté d'employer l'une ou l'autre des deux garnisons, ce qui pouvait donner lieu à de graves abus et constituait un moyen d'oppression. C'est ce qui faisait dire à M. Hervé de Saisy, au Corps législatif : « Ainsi donc, si l'infortune frappe un citoyen, si elle le réduit à ne pas pouvoir payer ses impôts, il peut être l'objet de deux mesures bien différentes suivant que le percepteur et le préfet en auront ordonné, à leur bon plaisir : il pourra avoir à acquitter une nouvelle charge résultant des frais occasionnés par la signification du garnisaire collectif, ce qui est déjà très vexatoire et très inutile; ou bien il pourra voir arriver chez lui le garnisaire même, qui frappera tout-à-coup à sa porte, fera irruption dans la chaumière ou dans la mansarde, et viendra insulter à sa misère, et pendant deux jours s'asseoir au foyer, à la table de cette famille dans la détresse que la faim assiège peut-être... »

Enfin l'humanité triompha de la routine, et la loi du 9 février 1877 supprima heureusement ce moyen de contrainte, si peu digne de notre époque libérale. « Aujourd'hui, lisons-nous dans l'exposé des motifs du Sénat, que le recouvrement de l'impôt direct s'opère avec une facilité qui témoigne de l'aisance et de la bonne volonté des contribuables, il nous paraît opportun de faire disparaître un mode de poursuites dont le caractère vexatoire n'est plus justifié par nos mœurs administratives... »

A la garnison individuelle la loi de 1877 a substitué un autre moyen de contrainte désigné sous le nom de *sommation avec frais*. Puis vient le commandement, qui n'a lieu que trois jours après la sommation. En vertu de l'article 63 du règlement de 1839, la saisie ne peut être opérée que trois jours francs après la signification du commandement. On voit que le règlement prescrit de mettre entre le commandement et la saisie un délai plus long que celui qu'exige l'article 583 du Code de procé-

dure civile. L'infraction à cette disposition exposerait les agents du recouvrement à supporter les frais de la poursuite. Le commandement doit énoncer la somme due pour laquelle la saisie est pratiquée, et celle-ci est soumise aux règles du droit commun. C'est ainsi que la conduite à tenir par le porteur de contraintes, lorsqu'on refuse de lui ouvrir les portes, est tracée par l'article 71 du règlement de 1839, qui reproduit presque littéralement l'article 787 du Code de procédure civile.

§ II. — *Contributions indirectes.*

Ce titre comprend, en outre des contributions indirectes proprement dites, un grand nombre d'autres branches du revenu de l'Etat. Nous nous occuperons spécialement des boissons, qui forment, comme on sait, le principal objet de l'impôt indirect. Nous avons déjà vu (p. 146 et suiv.) que les employés de la régie peuvent exceptionnellement pénétrer pendant la nuit dans certains établissements, tels que brasseries, distilleries, etc., et chez les débitants de boissons pendant tout le temps que les lieux de débit sont ouverts au public ; nous ne reviendrons pas sur ce qui a été dit à ce sujet. Il nous reste à examiner les cas, beaucoup plus nombreux, où les agents ont le droit de s'introduire dans le domicile des redevables et même, dans certaines circonstances, chez les particuliers non soumis aux visites et exercices, d'où deux cas bien distincts : 1° visites chez les redevables : 2° visites chez les particuliers.

Visites chez les redevables. — C'est la loi du 28 avril 1816 qui régit cette matière. Elle soumet généralement aux visites et aux exercices des employés de la régie les débitants, marchands en gros, brasseurs, distillateurs, etc. L'exercice se

compose d'une série d'opérations qui ont pour but de permettre aux employés de la régie de contrôler la manutention des liquides et d'en suivre l'écoulement, afin d'établir et de constater les droits. « Il investit les employés du droit rigoureux de s'introduire, à tous les moments, dans les lieux où les marchandises sont entreposées, d'en faire le recensement et de percevoir les droits, même par voie de contrainte (1). »

Il est facile de concevoir qu'un droit aussi exorbitant a dû en tout temps susciter les plaintes des assujettis. En 1848, ému des protestations et des doléances qui s'élevaient à ce sujet de tous les points de la France, le gouvernement provisoire, par un décret du 31 mars, supprima cette forme d'impôt comme « attentatoire à la dignité des citoyens qui s'adonnent au commerce des boissons, et constituant une excitation perpétuelle et comme une excuse à la fraude ». Il ne fallut pas longtemps pour apprécier la valeur de cette innovation financière, qui fut désastreuse pour le Trésor. Trois mois après (22 juin-1er juillet), un second décret rétablit les exercices, et l'on se retrouva sous l'empire de la loi du 28 avril 1816.

Aux termes de l'art. 52 de cette loi, toute personne qui vend des boissons est sujette aux visites et exercices des employés de la régie, ainsi que les personnes qui tiennent des cafés, des auberges, des débits de boissons et, en général, des établissements où le public est admis. Et en vertu de l'art. 56 les débitants sont tenus d'ouvrir leurs caves, celliers et autres parties de leurs maisons aux employés pour y faire leurs visites, même les jours de fête et dimanches. Ainsi qu'on le voit par ces textes, les préposés ont le droit de pénétrer à toute heure du jour dans le domicile des assujettis. Toutefois, les visites ne peuvent avoir lieu que pendant les intervalles de temps ci-après déterminés : pendant les mois de janvier, février, novembre et

(1) Olibo. *Code des Contributions ind. et des octrois,* 5e édit., p. 365.

décembre, depuis 7 heures du matin jusqu'à 6 heures du soir ; pendant les mois de mars, avril, septembre et octobre, depuis 6 heures du matin jusqu'à 7 heures du soir ; pendant les mois de mai, juin, juillet et août, depuis 5 heures du matin jusqu'à 8 heures du soir.

Le droit de perquisition des employés de la régie dans le domicile des assujettis est absolu et pour ainsi dire illimité. Il résulte, en effet, du rapprochement des art. 52 et 56 de la loi du 28 avril 1816, que l'intention du législateur a été constamment que les débitants fussent soumis indéfiniment aux visites et à tout ce qui serait nécessaire au complément de ces visites et exercices, ce qui comprend l'obligation non-seulement de procurer aux employés, à l'instant même où ils le requièrent, un libre accès dans toutes les parties des maisons où se fait le débit, c'est-à-dire le domicile avec toutes ses dépendances, mais encore leur ouvrir sur-le-champ tous coffres, armoires et autres meubles susceptibles de renfermer des objets de fraude ou de contrebande.

Il faut convenir que l'usage d'un pareil droit a quelque chose de draconien et peut dégénérer en vexations, s'il est pratiqué sans discernement et dans tous les cas possibles. On a tenté, mais sans succès, d'atténuer la rigueur de l'art. 56 en restreignant les visites au local servant au débit, aux caves, celliers, magasins et entrepôts. A cet effet, une circulaire du 2 juillet 1848 n'autorisait les perquisitions dans le domicile *privé* du débitant qu'en cas de soupçon de fraude, et encore l'employé devait-il être, dans ce cas, assisté d'un officier de police. Cette dernière condition étant souvent difficile à réaliser, une seconde circulaire se borna à exiger, pour légitimer la visite, l'ordre d'un employé supérieur, du grade de contrôleur au moins. Mais ces sages restrictions, nées sans doute de l'intention louable de mieux protéger le domicile, offraient trop d'inconvénients pour être sérieusement pratiquées ; aussi en est-on revenu

purement et simplement à l'application de la loi de 1816.

La loi ayant voulu que les visites et exercices des employés fussent libres, paisibles et tranquilles, les injures et menaces adressées aux préposés, ainsi que les voies de fait exercées contre eux, constituent un trouble et un empêchement considérés comme un *refus d'exercice,* délit prévu par le législateur et frappé d'une peine sévère.

Visites chez les particuliers. — Un industriel qui établit une brasserie ou une distillerie, qui fonde un commerce de liquides, ouvre un débit de boissons, etc., connaît les exigences de la loi et se soumet d'avance aux violations légales de son domicile, conséquence rigoureuse, mais obligée, de la profession qu'il exerce. Il n'en est plus de même quand il s'agit des perquisitions que les employés de la régie peuvent faire chez les particuliers ; ceux-ci ont droit à toutes les garanties qu'assure aux citoyens le principe de l'inviolabilité du domicile.

Déjà la loi du 5 ventôse an XII avait autorisé les employés, en se faisant accompagner d'un officier de police, à opérer des perquisitions chez les particuliers non débitants qu'ils soupçonnaient de recéler des boissons appartenant à des débitants. Cette loi n'exigeant pas l'ordre préalable d'un employé supérieur, et l'officier de police étant obligé de déférer à la réquisition des préposés, les citoyens se trouvaient à la discrétion d'agents subalternes. La loi de 1816 mit un terme à ces abus. L'article 237 dispose, en effet, que : « En cas de soupçon de fraude à l'égard des particuliers non soumis à l'exercice, les employés pourront faire des visites dans l'intérieur de leur habitation, en se faisant assister du juge de paix, du maire, de son adjoint ou du commissaire de police, lesquels seront tenus de déférer à la réquisition qui leur en sera faite et qui sera transcrite en tête du procès-verbal. Ces visites ne pourront avoir lieu que d'après l'ordre d'un employé supérieur du grade

de contrôleur au moins, qui rendra compte des motifs au directeur du département. Les marchandises transportées en fraude, qui, au moment d'être saisies, seraient introduites dans une habitation pour être soustraites aux employés, pourront y être suivies par eux, sans qu'ils soient tenus, dans ce cas, des formalités ci-dessus prescrites. »

Ainsi les visites des employés de la régie chez les particuliers non débitants sont soumises aujourd'hui à deux formalités essentielles : 1° l'assistance d'un officier de police ; 2° l'ordre d'un employé supérieur. Elles sont rigoureusement exigibles à peine de nullité des procès-verbaux dressés par les employés.

1. — La première de ces conditions est un hommage rendu à l'inviolabilité du domicile ; elle est aussi pour les citoyens une garantie contre les excès de zèle et les actes arbitraires des agents. Le particulier non assujetti a donc le droit absolu d'exiger l'observation de cette formalité et de se refuser à toute perquisition en l'absence de l'officier public. Cependant il est libre de ne point user de ce droit; mais s'il renonce à cette garantie, il est juste qu'après coup il ne soit point admis à se plaindre d'une irrégularité qui n'a été que la suite de son défaut de réclamation dans le moment où une réclamation de sa part l'aurait empêchée. La Cour de cassation a décidé, conformément à ce principe, que le vice résultant du défaut d'assistance d'un officier public peut être couvert par le consentement de l'intéressé, et qu'à défaut de réclamation et protestation de sa part, son consentement est présumé (1).

En vertu de l'art. 83 de la loi du 5 ventôse an XII, les officiers publics désignés par l'art. 237 de la loi de 1816 sont tenus de déférer à la réquisition qui leur est faite par écrit d'assister les employés, à peine de destitution et de dommages-

(1) *Cour cass.*, 24 janvier 1818, et 10 avril 1823.

intérêts. L'officier public qui cause par son refus l'enlèvement des objets de fraude, assume la responsabilité du dommage qui en résulte pour l'administration.

2. — Aujourd'hui, les particuliers ne sont plus, comme avant la loi de 1816, à la merci de simples employés. La loi est formelle : il ne peut être procédé à une visite domiciliaire chez un particulier non sujet à l'exercice que sur l'ordre d'un employé supérieur. « Cet ordre est donc le *brevet spécial* qui, seul, dans le cas de soupçon de fraude, constitue le caractère d'employé, donne la mission extraordinaire et confère le pouvoir de pénétrer dans l'habitation d'un simple particulier, par exception formelle au principe général de l'inviolabilité du domicile (1).» Cet ordre spécial doit être *écrit*, et non *verbal*. La Régie, gênée sans doute par cette disposition restrictive, a voulu soutenir que l'ordre simplement verbal devait suffire, la loi n'en ayant pas expressément spécifié la nature. Mais la Cour suprême a fait justice de cette prétention ; car, dit un arrêt du 10 avril 1823, « il n'y aurait aucun cas où, en alléguant ou supposant un ordre verbal, les plus simples commis de la régie ne pussent arbitrairement et impunément s'attribuer un caractère d'autorité et violer le domicile des particuliers ». La nécessité de l'ordre écrit est de toute évidence, car il faut d'un côté que l'officier public sache que sa présence est légalement requise, et d'autre part que le particulier puisse s'assurer que c'est bien son domicile qui est l'objet d'une visite extraordinaire. En outre, cet ordre doit être préalablement exhibé tant à l'officier public dont on requiert l'assistance, qu'au particulier qui doit connaître le titre en vertu duquel il doit se soumettre à une visite domiciliaire. Le défaut d'exhibition de cet ordre légal entraîne la nullité absolue du procès-verbal. La Cour de cassa-

---

(1) Olibo. *Op. cit.* T. III, p. 502.

tion a décidé que cette exhibition est obligatoire, même quand il n'y a ni réclamation ni protestation des particuliers (1).

3. — Le dernier alinéa de l'art. 237 prévoit le cas de poursuites *à vue*, cas tout spécial qui dispense de l'ordre supérieur et de l'assistance de l'officier public. Ainsi les employés à la poursuite de marchandises transportées en fraude peuvent les suivre, sans toutefois les perdre de vue, dans les maisons où elles seraient déposées pour y être cachées. Si c'est pendant la nuit, ils doivent se borner à cerner la maison et à la surveiller en attendant le jour.

Un procès-verbal commencé pendant le jour peut être continué pendant la nuit, dans le domicile du contrevenant, lorsque les préposés jugent convenable de ne point discontinuer les opérations commencées.

§ III. — *Douanes.*

On entend généralement par douanes, les droits établis sur les marchandises de provenance étrangère, et aussi sur certains produits français à la sortie du territoire. Outre les marchandises taxées ou tarifées, il y a lieu de distinguer encore les produits dont l'importation ou l'exportation a été prohibée dans le but de protéger notre industrie nationale.

Pour assurer la répression de la contrebande, le législateur a dû attribuer à l'Administration des douanes le droit de procéder à des visites domiciliaires dans certains cas et à certaines conditions que nous allons faire connaître. Cette matière est régie par les lois du 21 août 1791 et du 28 avril 1816.

Les visites et saisies opérées hors du rayon par les douaniers

---

(1) *Cour cass. crim.*, 21 juillet (D. P., 1877, 1, 191).

ne sont justifiées qu'à l'égard des marchandises prohibées d'une manière absolue. Si la marchandise, au lieu d'être prohibée, est seulement assujettie au paiement d'un droit, c'est-à-dire tarifée, la visite domiciliaire sera-t-elle permise hors du rayon ? L'art. 41 de la loi de 1816 considère comme délictueuse l'introduction des marchandises tarifées à 20 francs par quintal métrique et au-dessus. Bien que l'art. 31 de la même loi ne parle point de cette catégorie de marchandises, il est hors de doute que l'art. 41 a voulu assimiler leur introduction frauduleuse à celle des marchandises prohibées. Les saisies à domicile ne sont donc interdites, au delà du rayon frontière, que s'il s'agit de marchandises tarifées à moins de 20 francs les 100 kilogrammes.

Le droit des préposés est plus ou moins étendu, suivant que le délit est flagrant ou non. Dans le premier cas, lorsque la marchandise circule dans le rayon, sans qu'on ait rempli les formalités prescrites, le pouvoir des agents est pour ainsi dire illimité : ils peuvent pratiquer la saisie à domicile et poursuivre la marchandise même au delà du rayon. Si, au contraire, les agents ne se sont pas aperçus de l'introduction de la marchandise et si cette dernière a été déposée dans une maison, la contravention leur échappe et ils doivent s'abstenir de toute visite. Tel est le principe général. Toutefois, pour faire obstacle à la contrebande, qui eût été par trop facile dans ces conditions, les lois de 1791 et de 1816 ont autorisé les visites et les saisies aussi bien dans l'intérieur qu'au delà du rayon, mais sous les conditions ci-après : 1° que les employés aient vu les fraudeurs franchir la ligne frontière ; 2° qu'ils n'aient pas perdu de vue les fraudeurs ou la voiture contenant les objets de contrebande ; 3° qu'ils arrivent au moment même de l'introduction de la marchandise dans la maison (1). Le procès-

(1) Loi du 21 août 1791, tit. XIII, art. 35-36. — Loi du 28 avril 1816, art. 38-39.

verbal doit constater, à peine de nullité, que les préposés, qui ont vu effectuer le débarquement sur la côte, ont également vu introduire les sacs dans la maison où la saisie a eu lieu (1).

Il convient de faire remarquer qu'il n'est pas toujours facile de suivre constamment la marchandise depuis son entrée jusqu'à son introduction dans une habitation. Que décider, par exemple, si les fraudeurs étaient parvenus à se soustraire pendant quelques instants aux regards des préposés? La jurisprudence a jugé avec raison, conformément à l'esprit de la loi, qu'il suffit, en ce cas, que les agents s'occupent uniquement et exclusivement de leur poursuite, sans se livrer à aucune autre opération. Si donc, tout en cherchant à s'emparer de la marchandise frauduleuse, ils venaient à la perdre de vue momentanément et par une circonstance indépendante de leur volonté, la visite et la saisie seraient régulières.

Lorsqu'il y a flagrante contravention de fraude, les préposés de la douane peuvent, même la nuit, sans l'assistance d'un officier municipal, suivre la fraude et la saisir dans les maisons situées dans le rayon frontière, si l'introduction n'est point empêchée par des clôtures. Et peu importe, dans ce cas, que le fraudeur ait jeté son ballot avant d'entrer dans la maison ; les employés peuvent l'y suivre, soit pour s'emparer de sa personne, soit pour saisir la marchandise de fraude qu'il peut encore avoir dissimulée sous ses vêtements. C'est ainsi qu'en a décidé la Cour de Douai, par application de l'art. 237, § 2 de la loi du 28 avril 1816. Les considérants de cet arrêt méritent d'être cités :

« Attendu qu'aux termes des art. 222 et 223 de la loi du 28 avril 1816, il entre dans le droit et dans le devoir des préposés des douanes de constater notamment les faits de colportage de tabac, et de constituer prisonniers les colporteurs ; —

---

(1) *C. cass. crim.*, 2 décembre 1824.

Attendu que, lorsque dans ces poursuites les colporteurs, au moment d'être saisis, pénètrent dans une habitation, il résulte de la combinaison des articles précités avec l'art. 237, § 2 de la même loi, que les préposés peuvent les y suivre par les issues qu'ils trouvent ouvertes et sans remplir aucune formalité ; — Que la chose, en effet, ne serait pas douteuse, d'après les termes précis de ce § 2 de l'art. 237, si, lors de leur introduction dans l'habitation, les colporteurs étaient encore nantis de leurs charges, et qu'il n'en peut être autrement dans le cas contraire ; — D'une part, parce que le colporteur qui a jeté son ballot peut fort bien être resté chargé sous ses vêtements, et qu'ainsi, les préposés qui continuent à le suivre n'en restent pas moins toujours à la suite, non seulement du fraudeur, mais encore de la fraude ; — D'autre part, parce que si l'on admettait que la disposition du § 2 de l'art. 237 n'est pas applicable au cas des préposés suivant à vue un colporteur qui a abandonné sa charge, elle resterait inapplicable, soit que le préposé fût ou non accompagné du juge de paix ou d'un officier municipal, et que, par suite, il n'y aurait aucun moyen pour lui de se saisir de la personne du fraudeur ; — Qu'ainsi la loi aurait d'abord imposé aux préposés des douanes le devoir de constituer prisonniers les colporteurs de tabac, et aurait ensuite complètement paralysé ce devoir dans leurs mains en leur défendant de le remplir, au cas si facile d'introduction dans une habitation (1). »

On s'est demandé si les préposés des douanes ont le droit de s'emparer des papiers et registres des délinquants, indépendamment des marchandises. L'affirmative a été décidée à l'égard du fraudeur au moment de son arrestation. Mais, à moins de flagrant délit, les employés ne peuvent se saisir des papiers d'un citoyen pour parvenir à la connaissance d'un fait

(1) Cour de Douai, 17 nov. 1852 (D. P., 56, 2, 78).

ou d'une entreprise de contrebande, le secret des papiers domestiques étant inviolable.

Si le citoyen au domicile duquel on se présente refuse d'ouvrir les portes, les préposés, toujours assistés d'un officier municipal, doivent, en vertu de la faculté qui leur est attribuée par l'art. 36, tit. XIII de la loi du 21 août 1791, requérir un serrurier pour en faire l'ouverture.

Les officiers publics dont le concours peut être réclamé sont: le juge de paix, le maire, et, en son absence, les adjoints. En cas d'absence du maire et des adjoints, le conseiller municipal le premier dans l'ordre du tableau remplace le maire. Les commissaires de police peuvent valablement assister les agents des douanes.

La Cour de cassation a décidé que l'absence du magistrat non réquisitionné n'entraîne pas la nullité du procès-verbal, lorsque l'habitant ne s'est pas opposé à la visite, « la présence de l'officier public n'étant pas une formalité substantielle constitutive du procès-verbal. » Conformément à cette jurisprudence, la Cour de Douai a jugé que l'assistance du maire à une visite domiciliaire est une formalité purement extrinsèque, requise uniquement pour garantir la liberté individuelle et assurer l'inviolabilité du domicile. Il suffit que le procès-verbal mentionne la réquisition adressée à l'officier municipal et l'absence de ce dernier.

Dans l'intérêt de l'industrie nationale, la loi du 28 avril 1816 a autorisé les visites domiciliaires pour la recherche et la saisie des cotons filés, des tissus et tricots de coton et de laine, et tous autres tissus de fabrication étrangère prohibés. En vertu de l'art. 59 de cette loi, doivent être saisies toutes les marchandises non revêtues de la marque d'origine ou de fabrique, indiquant qu'elles sont le produit d'une fabrique française. L'art. 60 dispose que les préposés des douanes

devront, en se faisant accompagner d'un officier municipal ou d'un commissaire de police, qui sera tenu de déférer à leur réquisition, se transporter dans les maisons et endroits situés dans toutes les villes et communes du rayon qui leur seraient indiquées comme recélant des marchandises de l'espèce de celles dénommées en l'art. 59, et en effectuer la saisie. Mais l'article ajoute que ces visites ne peuvent avoir lieu que pendant le jour.

Si des marchandises soupçonnées de provenance étrangère sont saisies dans une maison, et qu'elles soient, par la suite, reconnues de fabrication française, l'Administration est responsable de l'erreur commise et du préjudice qui peut en résulter pour le propriétaire. Celui-ci a droit à des dommages-intérêts dont le taux a été fixé par l'art. 45 de la loi du 21 avril 1818.

CHAPITRE IV

VIOLATION DE DOMICILE DE LA PART D'UN SIMPLE PARTICULIER

L'art. 184 du Code pénal ne punissait la violation de domicile que lorsqu'elle était commise par un fonctionnaire public. Le législateur de 1810 semble n'avoir voulu atteindre que les abus de pouvoir, trop nombreux à cette époque, et il arrivait qu'un simple particulier, s'introduisant de vive force dans le domicile d'un citoyen, n'encourait, en l'absence d'une disposition pénale propre à ce cas spécial, qu'une simple action civile en dommages-intérêts. C'était là, on en conviendra, une peine bien peu en rapport avec un délit qui, par sa nature même, est un véritable attentat à la liberté et à la propriété. Il était urgent de combler une pareille lacune. C'est ce qui a été fait par la loi du 28 avril 1832, en ajoutant à l'art. 184 du C. pénal un second paragraphe ainsi conçu : « Tout individu qui se sera introduit, à l'aide de menaces ou de violences, dans le domicile d'un citoyen, sera puni d'un emprisonnement de six jours à trois mois, et d'une amende de 16 francs à 200 francs. »

Cette disposition nouvelle complète la loi de 1810, mais elle ne répond point à la rubrique sous laquelle elle a été placée. Si elle a été maintenue sous la rubrique des *abus d'autorité*, c'est sans doute en raison de la connexité de la matière et du mode adopté pour la révision du Code en 1832. En effet, dans son projet primitif, la loi de 1832 devait former une loi spéciale destinée à faire suite au Code pénal ; mais à la séance du 5 novembre 1831, la Chambre des députés décida, sur la propo-

sition de M. Persil, que les modifications adoptées seraient introduites dans les textes du Code.

M. Charlemagne, l'auteur du deuxième paragraphe de l'art. 184, justifiait en ces termes la nécessité de cette innovation : « Il existe une lacune dans le Code pénal de 1810 : ses auteurs ont paru oublier qu'il était possible qu'un particulier violât le domicile d'un autre particulier, et cependant l'expérience nous apprend tous les jours le contraire. Dans les grandes villes, où la police s'exerce d'une manière sévère, ce délit a lieu fort rarement; mais il n'en est pas de même dans les campagnes, où très souvent les habitants isolés se trouvent exposés à la tyrannie ou à la brutalité des voyageurs. C'est un abus qu'il faut réprimer; c'est une lacune qu'il faut combler : il faut que le citoyen le plus dénué de défense soit entouré de tous les moyens de sécurité ; la loi et la justice doivent veiller constamment à ses côtés. »

L'art. 184, ainsi modifié, distingue donc le cas où la violation de domicile est l'œuvre d'un magistrat ou d'un fonctionnaire public, de celui où elle est commise par un simple particulier. Dans le premier cas il suffit, pour qu'il y ait délit, que le fonctionnaire ait pénétré, en sa qualité, dans le domicile d'un citoyen contre sa volonté, hors les cas prévus par la loi, ou sans remplir les formalités prescrites. Ce que la loi a voulu punir, chez le fonctionnaire, c'est le délit résultant d'un abus d'autorité. Dans le second cas, au contraire, à raison de la situation toute privée de son auteur, le délit est caractérisé non plus par l'excès de pouvoir, mais par l'emploi de la force; le particulier ne commet une violation de domicile que s'il a recours aux menaces ou à la violence, c'est-à-dire s'il use de moyens de contrainte soit morale, soit matérielle. La loi a exigé les violences ou les menaces, parce que si l'agent ne rencontre aucune opposition ou résistance, c'est que le propriétaire ou

l'habitant est considéré comme consentant à l'introduction dans son domicile.

Il est à remarquer que le législateur s'est montré beaucoup moins sévère à l'égard du particulier; cette différence de pénalité s'explique aisément par la raison que le fait du fonctionnaire public comporte une double incrimination : outre la violation de domicile, il y a encore abus d'autorité pour commettre un acte arbitraire.

Que faut-il entendre par ces expressions, *menaces et violences ?* On sait que la menace consiste dans l'emploi de gestes ou de paroles ayant pour but de peser sur la volonté d'une personne pour annihiler ou restreindre sa liberté d'action. La menace ne peut s'adresser qu'à la personne ; elle suppose donc la présence du propriétaire ou du locataire que l'on veut contraindre par l'intimidation ou la crainte d'un mal imminent. Quant aux violences, elles s'entendent de tout emploi illégitime de la force matérielle pour vaincre un obstacle.

Mais le § 2 de l'art. 184 n'ayant pas distingué entre les violences contre les choses et les violences exercées contre les personnes, l'interprétation de ce mot a été l'objet de controverses qui ont, pendant quelque temps, divisé la doctrine et la jurisprudence. On a prétendu qu'il n'y avait violation de domicile qu'autant que les violences étaient dirigées contre le propriétaire ou le locataire de l'habitation. Les partisans de cette théorie, s'attachant aux expressions *violences et menaces,* ont soutenu que les menaces ne pouvant s'adresser qu'à la personne du propriétaire de la maison, il devait en être de même des violences dont cette même personne peut être l'objet. Décider autrement, ce serait confondre la violence avec la *voie de fait,* qui peut s'exercer sur les choses aussi bien que sur les personnes (1). C'est ainsi que la Cour de Chambéry a jugé que l'in-

(1) A. Morin. *Op. cit.*, v[is] *Violences, Voies de fait.*

troduction dans le domicile d'un citoyen n'est punissable, aux termes de l'art. 184, que si elle a été accompagnée de menaces ou de violences contre les personnes : « des moyens violents qui n'auraient pas ce caractère ne suffiraient pas à motiver l'application de la loi » (1).

Dans ce système, des moyens violents et matériels ne suffisent pas, s'il n'a été fait emploi d'aucune violence directe ou indirecte envers la personne qui se plaint de la violation de domicile, si, par exemple, cette personne n'a pas été témoin du fait. Il s'ensuit que si un individu pénètre dans une maison momentanément inhabitée, soit à l'aide d'escalade, soit à l'aide de fausses clefs ou de tout autre moyen violent, il n'y aura pas de délit ! Cette interprétation nous paraît absolument contraire à l'esprit de la loi. N'oublions pas qu'avant la révision de 1832, le genre de délit qui nous occupe restait impuni ; c'est donc la nécessité de protéger efficacement le domicile contre les agressions des particuliers qui a inspiré la disposition du § 2 de l'art. 184. Or, ne serait-ce pas aller contre l'intention du législateur que de subordonner l'existence du délit aux violences exercées uniquement contre les personnes ? Une telle interprétation, si elle était admise, aurait pour conséquence de laisser sans protection le domicile du citoyen pendant son absence, puisqu'il n'y aurait pas violation de domicile malgré les plus grands excès matériels commis tant à l'extérieur qu'à l'intérieur de la maison. Evidemment, la loi aurait manqué son but en laissant subsister une pareille lacune.

Hâtons-nous d'ajouter, néanmoins, que la jurisprudence n'a pas suivi cette opinion, ainsi qu'en témoignent de nombreux arrêts ; la Cour de Chambéry elle-même est revenue sur son interprétation restrictive du mot *violences*, en décidant, quelques années plus tard, que l'art. 184 « ne distingue pas entre

---

(1) Cour de Chambéry, 28 février 1867 (D. P., 67, 2, 63).

les violences exercées sur les choses et les violences exercées sur les personnes ; qu'en conséquence, est passible des peines portées par cet article l'individu qui s'est introduit dans le domicile d'un particulier à l'aide de violences matérielles, par exemple en escaladant une fenêtre et en brisant une treille (1) ».

Nous pouvons dire que la jurisprudence, d'accord avec la doctrine, est définitivement fixée sur le sens et la portée du § 2 de l'art. 184 : le mot *violences* a été pris dans son sens le plus étendu en même temps que le plus juridique. Il est donc universellement admis aujourd'hui que le délit de violation de domicile de la part d'un simple particulier résulte non-seulement des violences exercées sur les personnes, mais encore de tout moyen violent employé pour surmonter les obstacles qui s'opposent à l'introduction, et notamment de l'effraction ou même de l'escalade. Il résulte de ce principe que le délit prévu par l'art. 184 peut être commis dans toute maison affectée à l'habitation, lors même qu'elle serait momentanément inhabitée (2).

Nous avons vu plus haut (p. 125) que le mot *domicile* est une expression générique qui comprend non-seulement le logement et toutes ses parties, mais encore les meubles qui y sont contenus, et qu'il y a violation de domicile dans ce fait que des individus qui avaient l'habitude de pénétrer librement dans la chambre d'habitation de leur coassocié, ont fait ouvrir, à l'aide de crochets, des meubles contenant des secrets sur sa vie privée ou sa famille. Ici, en effet, il y a eu emploi de la violence matérielle contre les choses, et c'est avec raison que les juges ont fait application de l'art. 184 §, 2 (3).

---

(1) Chambéry, 4 nov. 1875 (D. P., 79, 5,442).

(2) Rennes, 15 mars 1871 (D. P., 73, 2, 90).— Caen, 10 juillet 1878 (D.P., 79, 2, 209).

(3) Paris, 22 juin 1849 (D. P., 51, 2, 114).

Par contre, il n'y a pas de délit lorsqu'un particulier s'introduit dans l'habitation d'autrui par ruse ou par tout autre moyen, sans faire usage de menaces ou de violences. C'est ainsi que la C. de Caen a jugé qu'il n'y a pas violation de domicile dans le fait d'un individu qui s'introduit dans une maison par la porte non fermée à clef, sans employer la force et en se bornant à soulever la clinche de la porte. Même décision de la C. de Bourges à l'égard d'un ancien locataire qui s'était servi, pour entrer, d'une clef qu'il avait indûment conservée.

Une espèce d'un caractère tout particulier mérite d'arrêter un instant notre attention, car elle a fourni l'occasion de trancher une question subsidiaire qui n'est pas sans importance : nous voulons parler du domicile des époux considéré au double point de vue civil et pénal. Voici les faits qui ont motivé l'arrêt intéressant que nous allons citer. Une dame X... avait été autorisée à résider seule dans la maison conjugale, au cours d'une instance en séparation de corps. Un jour, son mari se présente et, trouvant la porte fermée, pénètre violemment dans la maison, par une fenêtre dont il brise les carreaux, et s'emporte en injures et en menaces contre sa femme. Celle-ci l'assigne en violation de domicile. Le mari alléguait pour sa défense que le domicile assigné à sa femme par le président du tribunal était la maison où les époux exerçaient auparavant ensemble un commerce d'épicerie, qu'elle n'était autre que le domicile conjugal, où il avait le droit d'entrer, et que, dès lors, il ne pouvait s'être rendu coupable du délit prévu par l'art. 184 du C. pénal, puisque c'est dans sa propre maison qu'il s'était introduit. Le seul grief qu'on pût lui imputer, c'était d'avoir contrevenu à l'ordonnance du président du tribunal. Mais la Cour d'Amiens décida, au contraire, que si, au point de vue du droit civil, ce domicile avait conservé son caractère légal, au point de vue pénal le mari avait perdu le droit d'y résider. « Attendu, porte l'arrêt, que, suivant le texte et l'esprit de l'art. 184, § 2, le mot *domi-*

cile est une expression générique qui s'applique à tout endroit servant d'habitation ou de résidence à un citoyen ; que l'ordonnance autorisant la femme X... à résider momentanément et exclusivement dans le domicile conjugal a eu pour effet d'attribuer à ladite dame ce domicile comme habitation personnelle ; que sans chercher si, au point de vue civil, ce domicile a conservé son caractère légal vis-à-vis de X..., il est certain qu'au regard de sa femme, il constituait au profit exclusif de cette dernière, et jusqu'à l'évènement de la séparation de corps, un véritable domicile dans le sens de l'art. 184, § 2 du Code pénal, etc. (1). »

Nous approuvons sans réserves les motifs de l'arrêt précité, car on ne saurait contester à la femme le droit d'être protégée et à l'abri de toute agression dans le domicile provisoire qui lui est assigné durant l'instance en séparation de corps ou en divorce. Mais il n'était pas sans intérêt de faire remarquer cette situation singulière, qui fait surgir une antinomie passagère entre l'art. 102 du C. civil et l'art. 184 du C. pénal, celui-ci frappant temporairement de nullité le droit de l'époux en ce qui concerne le domicile conjugal.

La violation de domicile de la part d'un simple particulier entraîne un emprisonnement de six jours à trois mois, et une amende de 16 à 200 francs. La pénalité est beaucoup moins élevée que dans le premier cas ; nous avons déjà dit pourquoi le législateur s'est montré plus sévère à l'égard des fonctionnaires publics qui commettent le même délit.

Outre l'art. 184, § 2, le Code pénal contient une disposition qui, dans un cas tout spécial, apporte une nouvelle garantie au principe de l'inviolabilité du domicile. C'est l'art. 276, ainsi

---

(1) Amiens, 11 janvier 1873.

conçu : « Tous mendiants, même invalides, qui auront usé de menaces ou seront entrés sans permission du propriétaire ou des personnes de la maison, soit dans une habitation, soit dans un enclos en dépendant..., seront punis d'un emprisonnement de six mois à deux ans. »

Ainsi, d'après cet article, le fait par un mendiant de pénétrer sans autorisation dans le domicile d'un citoyen, constitue à lui seul l'aggravation du délit. Il n'y a pas à rechercher si le délinquant se livre habituellement ou non à la mendicité, s'il est ou n'est pas valide ; l'incrimination existe sans le concours de ces deux circonstances. L'introduction d'un mendiant dans le domicile d'autrui ne serait pas excusée par cela seul que le propriétaire ou les gens de la maison ne s'y seraient pas opposés ; elle ne cesse d'être une circonstance aggravante qu'autant qu'elle a été formellement autorisée (1). On ne saurait trop approuver la sévérité du législateur à l'égard des mendiants, vagabonds et gens sans aveu qui, parfois, sous les apparences de la mendicité, dissimulent des projets criminels, et sont pour les populations une cause perpétuelle d'alarmes, ainsi que le faisait remarquer le rapporteur de la loi de 1832.

---

(1) A. Chauveau et F. Hélie. *Théorie du C. pénal*, 5e édit., t. III, p. 334.

CONCLUSION

Le principe de l'inviolabilité du domicile n'a pas été reconnu par la législation de l'ancien régime ; mais on doit constater, en maintes circonstances, les efforts des Parlements pour protéger les citoyens contre les abus d'autorité.

Ce principe fut enfin proclamé par la Révolution de 1789. Néanmoins son application a souffert des troubles qui la suivirent ; les passions politiques étouffèrent la voix de la justice et de la raison, le domicile ne fut pas respecté.

Le législateur de 1810, par son article 184, a donné une sanction nouvelle à la proclamation de la liberté du domicile. Nous devons toutefois reconnaître qu'une amende de 16 à 200 francs ne pouvait être un grand obstacle à l'arbitraire et aux excès de pouvoir.

Arrive enfin la loi du 28 avril 1832, qui frappe le délinquant d'un emprisonnement de 6 jours à un an et porte l'amende de 16 à 500 francs. Malgré cette aggravation, on est autorisé à penser que la pénalité n'est pas proportionnée à l'importance du délit. A cette critique de la bénignité de la peine, nous croyons devoir ajouter les *desiderata* suivants :

1° Que le juge d'instruction, quand il y est forcé par les circonstances, ne puisse déléguer que les juges de paix pour faire des perquisitions à domicile ; les autres officiers de police

auxiliaires n'offrent pas assez de garanties pour se livrer à des opérations aussi graves et aussi délicates ;

2° Que les actes d'instruction, ordinairement réservés au magistrat instructeur, ne soient permis au procureur de la République et à ses auxiliaires que dans le seul cas de flagrant délit et lorsque le fait est de nature à entraîner une peine afflictive et infamante. La loi est formelle sur ce point ; mais on sait que, dans la pratique, cette règle n'est pas toujours observée ;

3° Qu'on abroge l'art. 10 du C. pénal qui, d'après l'interprétation constante de la jurisprudence, accorde aux préfets des attributions pouvant amener des abus et soulever des conflits entre les pouvoirs administratif et judiciaire. Les préfets devraient être classés parmi les agents supérieurs de la police administrative, investis du droit de rechercher et de dénoncer, mais non de celui de constater les crimes et les délits ;

4° En matière de contributions publiques, qu'on simplifie, qu'on adoucisse une réglementation trop touffue, dont la rigidité est ordinairement une gêne pour le commerce ; qu'on prévienne les excès de zèle des agents, trop souvent portés à user envers les assujettis de procédés inutiles et vexatoires.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. L'identité d'objet est une des conditions de validité de la novation.

II. Lorsque la chose est *res mancipi,* le vendeur qui en est propriétaire ne peut pas se contenter de la livrer ; il doit la manciper ou la céder *in jure.*

III. Même sous Justinien, les servitudes n'ont pu s'établir par pactes et stipulations.

IV. Le partage du corps d'un débiteur insolvable entre ses créanciers est permis par la Loi des XII Tables.

DROIT FRANÇAIS

I. La pension alimentaire due par un époux à son conjoint, en vertu de l'article 212 du Code civil, constitue-t-elle une charge transmissible aux héritiers de l'époux débiteur ?

II. L'ascendant donateur n'a aucun droit de retour sur l'immeuble acquis en échange de l'immeuble donné.

III. La femme commune exerce ses reprises, lors de la dissolution de la communauté, en qualité de créancière.

IV. Les privilèges spéciaux priment les privilèges généraux à la seule exception de celui des frais de justice.

DROIT PÉNAL

I. La classification de peines admise par le droit criminel français est sujette à critique.

II. Les articles 341 et suivants ne sont pas applicables aux fonctionnaires publics ayant agi dans l'exercice de leurs fonctions.

ÉCONOMIE POLITIQUE

I. Dans tout pays, la mauvaise monnaie met en fuite la bonne monnaie.

II. Il ne faut pas dire que les nations civilisées ont à redouter l'accroissement de leur population ; cet accroissement sera une cause de prospérité, si ces nations savent prendre les mesures qu'il commande.

Vu : le Président de la thèse,
EDOUARD JOURDAN.

Vu : le Doyen,
A. LAURIN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Recteur,
F. BELIN.

TABLE DES MATIÈRES

ANTIQUITÉ

DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE DANS L'ANTIQUITÉ

Pages

AVANT-PROPOS. 9

CHAPITRE Ier. — Inde brahmanique 13

CHAPITRE II. — Egypte 19

CHAPITRE III. — Judée 29

CHAPITRE IV. — Grèce 37

§ I. — Lacédémone 37

§ II. — Athènes 39

DROIT ROMAIN

DE QUELQUES RESTRICTIONS AU PRINCIPE DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE EN DROIT PRIVÉ ROMAIN.

PRÉLIMINAIRES 47

CHAPITRE Ier. — Puissance dominicale 51

§ I. — Esclavage. 51

§ II. — Colonat 54

CHAPITRE II. — Puissance paternelle 57

CHAPITRE III. — Puissance maritale. 65

CHAPITRE IV. — Tutelle des femmes 71

CHAPITRE V. — Voies de contrainte contre les débiteurs . . 77

§ I. — Des *Nexi* 77

§ II. — Des *Addicti* 85

DROIT FRANÇAIS

DE L'INVIOLABILITÉ DU DOMICILE

PREMIÈRE PARTIE

ANCIEN DROIT

Pages

PRÉLIMINAIRES 95

CHAPITRE I^er^. — Droit antérieur à 1789. 99

CHAPITRE II. — Droit intermédiaire. 111

DEUXIÈME PARTIE

LÉGISLATION ACTUELLE

PRINCIPES GÉNÉRAUX. 121

CHAPITRE I^er^. — Article 184 du Code pénal de 1810. . . . 123

§ I. — Etendue de cet article 123

§ II. — Modifications à l'article 184 du Code de 1810 par la loi du 28 avril 1832 127

CHAPITRE II. — Exceptions au principe de l'inviolabilité du domicile pendant la nuit 137

CHAPITRE III. — Exceptions au principe de l'inviolabilité du domicile pendant le jour 151

Section I^re^. — Surveillance exercée pour prévenir les infractions aux lois de police et de sûreté 152

Section II. — Recherche des crimes et délits 154

§ I. — Pouvoirs du juge d'instruction 156

§ II. — Pouvoirs du Procureur de la République et de ses auxiliaires 174

§ III. — Pouvoirs du Préfet de police à Paris et des Préfets dans les départements 187

§ IV. — Droit de perquisition des gardes champêtres et forestiers 197

Section III. — Exécution des mandats d'amener, de dépôt et d'arrêt 206

Section IV.— Exécution des jugements ou condamnations. 211
§ I. — Jugements civils 212
§ II. — Jugements criminels. 215
Section V. — Exécution des lois sur les contributions publiques 218
§ I. — Contributions directes. 219
§ II. — Contributions indirectes 221
§ III. — Douanes. 227
Chapitre IV. — Violation de domicile de la part d'un simple particulier 233
Conclusion 241
Positions 243

MONTPELLIER. — IMP. G. FIRMIN ET MONTANE, DESCENTE SAINT-PIERRE.